

**Universidad Andina Simón Bolívar,
Sede Ecuador**

Área de Derecho

**Programa de Maestría
en Derecho del Mercado**

**DERECHOS DE AUTOR EN ECUADOR: ANÁLISIS
COMPARATIVO ENTRE LA LEY DE 1976 Y LA
NORMATIVA INTERNA Y COMUNITARIA EN VIGENCIA**

Marco Rodríguez Ruiz

Quito, 2004

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Marco Rodríguez Ruiz

Quito, septiembre de 2004

**Universidad Andina Simón Bolívar,
Sede Ecuador**

Área de Derecho

**Programa de Maestría
en Derecho del Mercado**

**DERECHOS DE AUTOR EN ECUADOR: ANÁLISIS
COMPARATIVO ENTRE LA LEY DE 1976 Y LA
NORMATIVA INTERNA Y COMUNITARIA EN VIGENCIA**

Tutor: Dra. Ximena Endara Osejo

Marco Rodríguez Ruiz

Quito, 2004

RESUMEN DE LA TESIS

Con el propósito de que los tres capítulos de esta investigación mantengan una secuencia coherente, el primero de ellos empieza señalando ciertos antecedentes históricos relativos a los derechos de autor que finalmente desembocaron en el Convenio de Berna de 1886. Posteriormente, procura establecer líneas de enlace entre el Convenio de Berna y la Convención Universal de 1952 y las actuales normas interna y comunitaria sobre derechos de autor, así como con la ley interna de 1976, sin dejar de lado algunas consideraciones teóricas acerca de la propiedad intelectual y de los derechos de autor.

En el segundo capítulo, la presente tesis se aproxima a las principales disposiciones internacionales sobre derechos de autor como las siguientes: la Convención de Washington de 1946, la Convención de Roma de 1961, el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor de 1996 y el ADPIC, en lo relativo a derechos de autor.

El tercer y último capítulo se adentra en el objetivo primordial de este trabajo investigativo que es el análisis comparativo entre la Ley de Derechos de Autor de 1976 y las normas interna y comunitaria sobre esta misma materia actualmente en vigencia. Para este cometido se formularán precisiones de los posibles cambios, en unos casos, y la incorporación, en otros, que se han sucedido en temas tales como el ámbito de protección, la ausencia de formalidades, el objeto y los titulares de los derechos de autor, los derechos morales y patrimoniales, los programas de ordenador, las sociedades de gestión colectiva y las acciones y procedimientos.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I: LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL MUNDO

- 1.1. Antecedentes al Convenio de Berna de 1886
- 1.2. El Convenio de Berna y su incidencia en las actuales normas interna y comunitaria
- 1.3. La Convención Universal sobre Derechos de Autor de Ginebra de 1952 y su reflejo en la Ley de 1976 y en las normas interna y comunitaria en vigencia
- 1.4. Aproximaciones teóricas sobre la propiedad intelectual
 - 1.4.1. Objeto de protección de la propiedad intelectual
 - 1.4.2. Naturaleza jurídica de la protección en la propiedad intelectual
 - 1.4.3. Fundamento de la protección de los derechos intelectuales
- 1.5. Aproximaciones teóricas sobre los derechos de autor
 - 1.5.1. Sujeto de protección en los derechos de autor
 - 1.5.2. Autoría y titularidad
 - 1.5.3. Contenido de los derechos de autor
 - 1.5.3.1. Los derechos patrimoniales
 - 1.5.3.2. Los derechos morales
 - 1.5.4. Duración del contenido de los derechos autorales
 - 1.5.5. La obra como objeto de protección

CAPÍTULO II: LA NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR

- 2.1. Principales aspectos de la Convención Interamericana sobre Derechos de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas de Washington de 1946
 - 2.1.1. Derechos patrimoniales y morales y obras protegidas

- 2.1.2. Otros temas
- 2.1.3. La Convención de Washington y su vínculo con la ley de 1976 y las normas interna y comunitaria en vigencia
- 2.2. Apuntes acerca de la Convención de Roma sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión de 1961
 - 2.2.1. Salvaguardia, principio del trato nacional y alcance de la protección
 - 2.2.2. Tiempo de protección, excepciones e irretroactividad
 - 2.2.3. La Convención de Roma y su injerencia en la norma interna de 1976 y las leyes interna y comunitaria actuales
- 2.3. Comentarios acerca del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor de 1996
 - 2.3.1. Relación con el Convenio de Berna, ámbito de protección, programas de ordenador y bases de datos
 - 2.3.2. Derechos
 - 2.3.3. Limitaciones y excepciones, obligaciones relativas a las medidas tecnológicas y a la información sobre la gestión de derechos
 - 2.3.4. Aplicación en el tiempo y disposiciones sobre la observancia de los derechos
 - 2.3.5. El Tratado de la OMPI y su influencia en las normas interna actual y comunitaria
- 2.4. Breves consideraciones acerca del ADPIC y los derechos de autor
 - 2.4.1. El ADPIC y los derechos de autor y su relación con las leyes interna y comunitaria actualmente en vigencia

CAPÍTULO III: LA LEY DE DERECHOS DE AUTOR DE 1976 Y LAS LEYES INTERNA Y COMUNITARIA VIGENTES

- 3.1. Apuntes previos sobre la ley de 1976 y las actuales normas interna y comunitaria

- 3.2. Estudio comparativo entre la Ley de Derechos de Autor de 1976 y las normas interna y comunitaria en vigencia
 - 3.2.1. Ámbito de protección
 - 3.2.2. Ausencia de formalidades
 - 3.2.3. Objeto del derecho de autor
 - 3.2.4. Objetos no protegibles
 - 3.2.5. Titulares de los derechos de autor
 - 3.2.6. Derechos morales
 - 3.2.7. Derechos patrimoniales
 - 3.2.8. Programas de ordenador, disposiciones especiales y derechos de participación
 - 3.2.9. Transmisión por causa de muerte, contratos y licencias de uso
 - 3.2.10. Límites y excepciones a los derechos patrimoniales y derechos conexos
 - 3.2.11. Sociedades de gestión colectiva
 - 3.3.12. Acciones y procedimientos

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

INTRODUCCIÓN

La reproducción masiva de obras, que fue uno de los resultados de la invención de la imprenta, acaecida en la segunda mitad del siglo XV, alertó sobre todo a impresores y monarcas sobre la necesidad de regular, de alguna u otra forma, los derechos de autor. Acercarnos a este tema y a ciertos antecedentes de carácter histórico que se han suscitado en materia de derechos de autor, basándonos en la investigación que varios tratadistas han elaborado al respecto, hasta confluir en el Convenio de Berna de 1886, constituirán elementos que serán tomados en cuenta en la presente tesis, con el fin de contribuir con herramientas necesarias para, a partir de ahí, adentrarnos en los objetivos de la misma.

Así mismo, en la medida en que el derecho de autor se estructuró, en un primer momento, para regular las relaciones de los autores dentro de cada país, y luego su ámbito de aplicación se extendió al autor extranjero y a su obra, estimamos necesario adentrarnos en los instrumentos jurídicos internacionales que, a nuestro juicio, constituyen un cuerpo legal representativo dentro de este tema. Para alcanzar este cometido, se describen brevemente posturas de orden teóricas sobre la propiedad intelectual en general y sobre los derechos de autor en particular.

En este contexto, se puntualizará la influencia que ha tenido la Convención de Berna de 1886 y la Convención Universal de 1952 en las normas interna y comunitaria en vigencia y –dado que nuestro país la ratificó en 1957– se establecerán puntos de encuentro entre la Convención Universal y nuestra Ley de 1976. Además, serán revisados en sus puntos más relevantes la Convención de Washington de 1946, la Convención de Roma de 1961, el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de 1993, en lo que concierna a derechos de autor y el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor de 1996. Este acercamiento nos

servirá, por un lado, para esbozar ciertos parámetros en los que se desenvuelve el andamiaje jurídico internacional en derechos de autor y, por otro, para establecer en qué medida los compromisos adquiridos, en la mencionada normativa internacional, se reflejan en las normas interna y comunitaria actualmente en vigencia y en qué medida los compromisos adquiridos en las Convenciones de Washington de 1946 y de Roma de 1961 –estatutos ratificados por Ecuador hacia 1976– se reflejaban en la Ley de Derechos de Autor de 1976.

En esta línea y conscientes de que el universo de tratados y acuerdos internacionales en derechos de autor es por demás vasto, hemos limitado el objetivo principal de la investigación a examinar los posibles cambios, los avances o los retrocesos que sobre derechos de autor han experimentado nuestra normativa interna y comunitaria actualmente en vigencia, en relación con la ley interna de 1976. Bajo estos alcances, el estudio comparativo se centrará entre la Ley de Derechos de Autor de 1976 y la Ley de Propiedad Intelectual de 1998, en lo que a derechos de autor se refiere, y la Decisión 351 de la Comunidad Andina de 1993. El análisis comparativo se realizará, principalmente, utilizando el enfoque de la Sociología Jurídica, para tratar de ubicar varios de los problemas sociales, económicos, políticos y jurídicos relacionados con las normas estudiadas, que nos permita acercarnos con una óptica más amplia a conocer este tema y así constatar los cambios que se han suscitado, con el advenimiento de las leyes interna y comunitaria en vigencia.

En el desarrollo de la investigación constatamos una serie de conflictos relacionados con la escasa aplicación, en el entorno nacional, de muchas normas contenidas en nuestra norma interna, sobre todo, en lo que tiene relación con las disposiciones concernientes a los contratos en general, a pesar de constatar violaciones

flagrantes de derechos a los escritores por ellas protegidas. A esta casi nula aplicación de las normas también acompaña una reflexión jurídica carente de profundidad sobre su contenido para el sistema jurídico ecuatoriano.

Finalmente, dejamos plena constancia que una de las principales motivaciones por la que se realizó este trabajo radicó en el hecho de defender que la esencia de la legislación de derechos de autor debe concentrarse en generar un verdadero equilibrio entre los intereses del autor, del empresario y del usuario; de lo contrario y como la tendencia que prima actualmente es la de homogeneizar las leyes existentes en esta materia, con disposiciones que más bien velan por los intereses de las grandes empresas transnacionales y de los países poderosos, los creadores dejarán de producir y de trabajar su intelecto, y la cultura, en general, será cada vez más elitista y esquiva para los usuarios.

DERECHOS DE AUTOR EN ECUADOR: ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA LEY DE 1976 Y LA NORMATIVA INTERNA Y COMUNITARIA EN VIGENCIA

CAPÍTULO I: LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL MUNDO

1.1. Antecedentes al Convenio de Berna de 1886

En este primer punto, las aproximaciones que formulamos giran en torno a ciertos aspectos básicos del proceso de formación de los derechos de autor, principalmente ocurridos en Europa, y que tuvieron su desenlace en el Convenio de Berna de 1886. Elaboramos estas aproximaciones tomando en consideración el rastreo histórico que han realizado algunos tratadistas de esta materia y pensadores en general, escogidos de forma tan incompleta y arbitraria como la de cualquier selección. No se realizará un estudio pormenorizado de todas las épocas y circunstancias por las que han atravesado los derechos de autor, no solo porque nuestro afán con este punto, únicamente, se centra en el hecho de introducirnos en el tema, materia de la tesis, sino porque el hecho de emprender dicha tarea, sin duda alguna, sería objeto de toda una investigación.

Resumiendo las posiciones de varios tratadistas, observamos algunos aspectos históricos generales:

1. En la antigüedad, por la forma en que se manifestaba la actividad intelectual, en donde la carestía y rareza de las copias manuscritas era lo que primaba, no existía una legislación para reglarla y, por lo tanto, el derecho pecuniario del escritor no tenía valor jurídico. Los autores apreciaban la distinción pública y la fama, imbuidos en la idea del mecenazgo y laboraban amparados por las comunidades religiosas y por las cortes, que los retribuían de alguna forma. Además, buena parte de escritores y artistas procedían de una clase social elevada y, por consiguiente, no necesitaban de su arte para subsistir; lo

que pretendían mayoritariamente era que su obra fuese difundida, para que se conociera y disfrutara. En estas circunstancias, en Grecia, a pesar de su continua producción literaria, no existió normatividad sobre esta materia y en Roma tampoco se alcanzó a concebir una legislación que ampare al derecho de autor.¹

2. Proaño Maya y Borges concuerdan en que, en Grecia y Roma, los autores eran muy respetados pero a la vez también atacados y temidos y, por ello, no tenían ninguna clase de derecho sobre sus producciones.² Delia Lipszyc señala que en este período de la historia las creaciones intelectuales eran tratadas de forma unitaria con el sustrato material donde quedaban plasmadas, regidas de esta manera por la propiedad común: “al crear una obra literaria o artística el autor producía una cosa –el manuscrito, la escultura– de la cual era propietario y que podía enajenar como cualquier otro bien material”.³ Sin embargo, esto no debe llevar a pensar que la invención era confundida con el bien corporal que la recogía, pues, como comenta Raymundo Salvat, el derecho romano imponía severas penas a quienes plagiaran dichas obras.⁴

3. Para graficar la situación del libro y el autor en la antigüedad, Proaño Maya afirma que, según datos encontrados en una de las cartas que se atribuyen al pensador Séneca, en esta época, inclusive existió confusión entre los derechos de autor como titular de su creación intelectual, con el de la propiedad del objeto material.⁵ Borges, por su parte, aludiendo también a un texto de Séneca, *Epístolas a Lucilio*, cuenta que existe una carta

¹ Marco Proaño Maya, *El Derecho de Autor, un Derecho Universal*, Quito, Editorial El Gran Libro, 1993, pp. 15 y 16.

² Marco Proaño Maya, ibídem, p. 16 y Jorge Luis Borges, *Borges Oral – Conferencias*, Buenos Aires, Argentina, Emecé Editores, 1997, pp. 17 y 18.

³ Delia Lipszyc, *Derechos de Autor y Derechos Conexos*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones UNESCO, 1993, p. 29.

⁴ Raymundo Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Buenos Aires, Argentina, Editora Argentina, 1962, p. 491.

⁵ Marco Proaño Maya, ibídem, p. 17.

dirigida a un individuo muy vanidoso que poseía más de cien libros, ante lo cual Séneca se pregunta: ¿quién puede tener tiempo para leer esa cantidad de libros?⁶

4. La situación en materia de derechos de autor, en el período histórico que correspondió a la Edad Media, no tuvo mayores variables. Era muy difícil que el derecho de autor encuentre cabida bajo la égida de una religiosidad muy rígida, circunscrita a verdades absolutas, en donde el centro del mundo era Dios, en donde no era posible cuestionar absolutamente nada ni opinar de distinta manera que el dictado por el sacerdocio católico, porque de lo contrario el ser humano era simple y llanamente flagelado y considerado hereje. En estas circunstancias y considerando que el conocimiento era totalmente restringido y que el ejemplar manuscrito, en cuanto cosa física y material, podía ser copiado libremente por su propietario, el trabajo de los copistas cobró mayor relevancia.

5. Solo en la segunda mitad del siglo XV, con la invención de la imprenta y la consiguiente posibilidad de multiplicación de ejemplares, la obra escrita adquirió nuevas alternativas. Según Del Percio, esta parte del siglo en referencia se caracteriza por la incertidumbre, los desarrollos tecnológicos y cartográficos, por la revitalización de la vida urbana frente a la rural, por los cuestionamientos de teólogos y príncipes que cambian la concepción de los preceptos religiosos absolutistas y el surgimiento de una noción ‘extraña’ hasta entonces: el ahorro y con ello la acumulación de dinero; la invención de la imprenta adquiere suma importancia sobre todo en lo que tiene que ver con la difusión del saber.⁷

6. De esta forma, la difusión de la palabra escrita estableció una comunicación más directa entre el autor y los lectores, y al ingresar la obra en el comercio se hizo

⁶ Jorge Luis Borges, *ibídem*, p. 18.

⁷ Enrique Miguel Del Percio, *Tiempo Modernos*, Buenos Aires, Grupo Editor Altamira, 2000, pp. 26 - 28.

merecedora a un valor económico más significativo, por la multiplicación de los ejemplares que permitió la imprenta. Sin embargo, el autor aún no es tomado en cuenta por el derecho. La rapidez con que se difundió la imprenta y la fuerte competencia que se generó entre los impresores dio pie a la intervención de los monarcas, con el supuesto fin de proteger y estimular la nueva industria editorial, pero el trasfondo de esto iba dirigido hacia la generación de un verdadero monopolio, por medio del cual monarcas e impresores obtendrían ganancias y, con este objetivo, se formaron alianzas. De esta manera, es claro que, con el desarrollo de la imprenta, quedó atrás la labor de copiar manualmente los libros, por lo que se reguló la reproducción de las obras escritas a través de la autoridad del Rey, quien otorgó los referidos privilegios a los libreros para la impresión de la obra. Isidro Satanowsky señala que “para evitar que el plagiarlo, además de apropiarse de la idea del autor, se beneficiara con ella, la legislación empezó a preocuparse y a protegerla, pero no apareció en forma completa sino después de una larga evolución, dando primero privilegios al editor y luego al autor”.⁸

7. Entonces, la invención de la imprenta generó los llamados privilegios o regalías que eran concedidos a los libreros-impresores, para la explotación exclusiva de las obras. Por ello, el sistema de regalías no originó protección directa al autor de la obra, sino más bien fue dirigido hacia la explotación económica de la obra mediante la publicación y venta de los ejemplares multiplicados por su impresión, con la finalidad –insistimos– de beneficiar económicamente tanto al monarca como al impresor. Solo luego de algunas décadas, cuando el privilegio a los editores adquirió rechazo general, la exclusiva explotación

⁸ Isidro Satanowsky, *Derecho Intelectual*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954, p. 10.

económica comenzó a otorgarse al mismo autor, pero solo por un tiempo reducido, a petición suya y como concesión del monarca.⁹

Delia Lipszyc concuerda con lo anotado, al advertir que con las regalías la publicación y censura de las obras estaba en manos de impresores y libreros, quienes tenían este monopolio en forma de un privilegio feudal. La autora subraya que “en forma discrecional, el poder gubernativo otorgaba un monopolio de explotación temporal a los impresores y libreros, a condición de haber obtenido la aprobación de la censura y de registrar la obra publicada”.¹⁰

8. Dando un salto en la historia, nos detenemos en el siglo XVIII, pues supuso adelantos significativos en la evolución del derecho de autor, principalmente, porque se comenzó a reclamar para los autores el reconocimiento legal de un derecho vitalicio sobre su obra y a expedir algunas normas. Aclarando que a este siglo se lo conoce como el de la Ilustración y el de la Modernidad, Del Percio señala que estuvo caracterizado por lo siguiente: a) Todo puede ser conocido por la razón; b) No hay conocimiento que no deba

⁹ Alrededor de la invención de la imprenta y de los privilegios, creemos oportuno citar dos comentarios: “Calificados como una ‘sórdida conspiración entre monarcas y editores’, los privilegios reconocieron generalmente a los editores, el monopolio para la explotación de las obras, asumiendo la responsabilidad de sus publicaciones, en forma exclusiva, bajo determinadas condiciones, durante cierto tiempo y en determinado territorio. El editor era protegido eficazmente, bajo el sistema de los privilegios. El editor que compraba una obra para imprimirla era considerado propietario de esa obra. El autor tuvo que enfrentarse a las corporaciones de impresores y editores que le obligaban a aceptar sus condiciones, dentro de los límites de su propia voluntad. Los primeros ‘privilegios’ fueron conferidos en 1470, a los impresores de obras muy antiguas. Al célebre editor Aldo se le otorgó el privilegio sobre las obras de Aristóteles; en Francia, Luis XII concedió privilegios a Verard, editor de las epístolas de San Pablo y de San Bruno”. Marco Proaño Maya, *ibídem*, pp. 17 y 18. “Los orígenes del derecho de autor guardan estrecha relación con la invención de la imprenta, que permitió la rápida producción de copias de libros a un costo relativamente bajo. El aumento del número de personas con capacidad para leer y escribir creó una amplia demanda de libros impresos, y el proteger a los autores y editores de la copia no autorizada fue reconocido como un elemento cada vez más importante, en el contexto de esta nueva forma de poner obras a disposición del público”. Carlos Fernández Ballesteros, “El Derecho de Autor y los Derechos Conexos en los umbrales del siglo XXI”, *Revista Colombiana de la Propiedad Industrial*, N° 5, Bogotá, s/e, 1997, s/p.

¹⁰ Delia Lipszyc, *ibídem*, p. 31.

ser comunicado a la humanidad entera; y, c) Todo debe ser sometido al proceso de crítica.¹¹

9. En este orden de ideas, se expide en Inglaterra la llamada *Acta de la Reina Ana* (*Act of Anne*) de 1709. En este país, hasta antes de la promulgación de la referida acta, la protección sobre las obras artísticas y literarias solo comprendía un aspecto extrapatrimonial, que se encontraba regulado por el Derecho Común (Common Law), lo que significaba que su desenvolvimiento lo controlaba los Tribunales de Justicia. Por ello, Tulio Ascarelli sostiene que no era necesario su consagración en una ley escrita, pues la protección del Derecho Común, ilimitada en su duración, concernía a la obra no publicada, esto es, fundamentalmente, a la tutela moral.¹² La facultad del autor de explotar patrimonialmente su obra fue reconocida, precisamente, con el *Acta de la Reina Ana* que fue dictada por el Parlamento inglés y a la que se considera como el primer documento legal que otorgó derechos a los autores. Sin embargo, su ámbito de aplicación giró únicamente alrededor de los libros, es decir, solamente a uno de los medios a través de los cuales se expresa la creatividad humana. Esta ley concedía un derecho exclusivo al autor, para la reproducción de su obra, durante 21 años para los libros publicados, y 14 años, para los libros inéditos, previo el cumplimiento de formalidades como la inscripción del título de la obra y el depósito de ejemplares, estableciéndose una limitación que tenía por objeto la difusión de las obras consideradas de interés público. Fernández Ballesteros y Baylos Corroza opinan sobre la importancia de este instrumento en el desarrollo de los derechos de autor. El primero considera que, el acta coadyuvó a difundir la competencia entre los editores, limitando los monopolios y, además, reconoció

¹¹ Enrique Miguel Del Percio, *ibídem*, pp. 41 y 42.

¹² Tulio Ascarelli, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Barcelona, España, Editorial Bosch, 1970, p. 625.

al autor como el titular del derecho a autorizar la copia de su obra.¹³ El segundo sostiene que, con este estatuto, “en lugar de que el impresor reciba un monopolio y se encargue de pagar al autor unos honorarios, ocurrirá a la inversa: el titular del monopolio será el autor, quien lo cederá al editor en las condiciones económicas que convengan”.¹⁴

Así mismo, Satanowsky y Lipszyc acuerdan en que el Estatuto de la Reina Ana se reconoce como el primer paso legislativo para devolver al autor su papel protagonista, pues le reconocía su derecho exclusivo de impresión de las obras.¹⁵

10. De la misma manera, en España, con la Real Orden de 1764, dictada por el rey Carlos III, se reconocen los derechos del autor como integrados a su personalidad y se declara, entre otras cosas, que los privilegios concedidos a los autores no se extinguen con su muerte, sino que pasan a sus herederos y en ellos continúa el privilegio, mientras lo soliciten.

11. Situados ya en las últimas décadas del siglo XVIII, con el advenimiento de la Revolución Francesa de 1789, se consiguió que los derechos de autor fueran considerados como derechos del hombre y, en consecuencia, dignos de protección. Así, la idea del derecho de los autores, como uno de propiedad, se ve reflejada en la Ley de la Convención de Francia de 1793 que consagró el exclusivo derecho del autor para todas las obras del ingenio y comprendía a escritores, pintores, compositores y dibujantes.¹⁶

Para ampliar este último punto, Proaño Maya advierte que con la Revolución Francesa se terminó con el sistema de privilegios y que, con la ya nombrada Convención

¹³ Carlos Fernández Ballesteros, *ibídem*, s/p.

¹⁴ Hermenegildo Baylos Carroza, *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*, Madrid, editorial Civitas S.A., 1978, p. 140.

¹⁵ Isidro Satanowsky, *ibídem*, p. 12; Delia Lipszyc, *ibídem*, p. 31.

¹⁶ Enrique Avellán Ferrés, “Cómo juega el Derecho de Autor en las Convenciones Internacionales”, *Revista de Derecho N° 23*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1970, p. 9.

Francesa de 1793, se reconoció para todos los autores de obras literarias y artísticas, científicas y artísticas y sus herederos, el derecho exclusivo de reproducción sobre sus obras. La Revolución Francesa, para este tratadista, consagró al derecho de autor como un derecho fundamental.¹⁷

12. Hacia las últimas décadas del siglo XIX, la mayor parte de países europeos contaban ya con leyes de derechos de autor que, aunque contenían los mismos principios, fueron adoptando soluciones disímiles, principalmente, por lo siguiente:

12.1. La protección iba dirigida mayoritariamente hacia obras cuya finalidad eran las representaciones en público, como las obras musicales y dramáticas, pero fueron pocos los países que extendieron su protección hacia las obras de arquitectura, orales y coreográficas;

12.2. En cuanto a la duración de la protección, en algunos países, era considerada como perpetua y en otros con un tiempo límite;

12.3. En lo que tiene que ver con el alcance del derecho a la reproducción, en algunos países, no se consideró la existencia de una infracción al reproducir una obra en otra dimensión y el derecho a la adaptación también fue tratado de distinta forma;

12.4. En lo relativo a las excepciones y limitaciones de derechos patrimoniales que detenta el autor tampoco hubo consensos; y,

12.5. En lo que se refiere al momento a partir del cual surge la protección, algunas leyes exigieron el cumplimiento de ciertas formalidades, otras no.¹⁸

13. En este contexto, en la mayor parte del siglo XIX, la protección conferida por las leyes nacionales no dio mayores garantías de protección para las obras literarias, artísticas y musicales,

¹⁷ Marco Proaño Maya, *ibídem*, p. 20.

puesto que eran fácilmente copiadas en el extranjero. Bajo la premisa de que la piratería, esto es, la copia ilegal de libros, coadyuvaba a satisfacer las necesidades sociales y de educación con precios bajos de los libros, algunos gobiernos no consideraban la piratería como ilegal. Este criterio según Rengifo García se generaba, sobre todo, en países pequeños, en donde la labor literaria, filosófica y cultural, no era muy abundante y en esta medida cita el estudio del profesor australiano Sam Ricketson titulado *The Birth of the Berne Union*, quien manifiesta que Reino Unido se afectó gravemente por la piratería emprendida en Irlanda; y Francia por la piratería de Suiza, Alemania, Holanda y Bélgica; y que por ello la práctica sin ningún tipo de límites de la piratería en el extranjero ocasionó el despegue de una protección internacional en la mitad del siglo XIX.¹⁹

En el caso particular de Cuba, la copia ilegal de libros fue una constante desde su independencia de España (1899) hasta el triunfo de la Revolución Cubana (1959). La dependencia económica que tenía con Estados Unidos, que determinaba, entre otros factores, que las editoriales estadounidenses sean las que controlen el mercado del libro en Cuba y por ello que éste sea inaccesible para el pueblo cubano, influyó sobre manera para que la piratería del libro se efectúe sistemáticamente. Con el sistema socialista implantado por Castro –salvo libros de contenido ideológico - político contrarios al régimen- disminuyó dicha práctica, sobre todo en las décadas comprendidas entre los años sesenta a ochenta, en las que con el apoyo económico de la ex – URSS, los libros fueron subvencionados por el gobierno central y en esta medida estuvo al alcance de todos los cubanos. Desde la década de los noventa, en la que la economía de la isla sufrió un grave descalabro (la caída de la ex – URSS y el robustecimiento del bloqueo económico infringido por Estados Unidos, tuvieron mucho que ver con esto), el papel encareció, la subvención del libro decayó y por consiguiente no solo la piratería de libros, sino también de

¹⁸ Ernesto Rengifo García, *Propiedad intelectual, el moderno derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 326 y 327.

¹⁹ Ernesto Rengifo García, *ibídem*, p. 328.

discos compactos y películas en formato VHS (el DVD aun es incipiente) está en pleno auge en el mercado informal.

14. Dadas estas coyunturas, Francia fue el primer país que impulsó la idea de otorgar protección a sus autores en el extranjero y, en tal virtud, en 1852, promulgó un decreto por el cual el país extendía la protección de sus leyes para todos los trabajos publicados en el extranjero, independiente de si la ley del país en cuestión otorgara una protección equivalente para las obras de autores franceses. Esta iniciativa puso cimientos para que una serie de acuerdos bilaterales, en materia de derechos de autor, se expidieren en el siglo XIX. En efecto, bajo la premisa de contrarrestar la piratería, se concretó una serie de acuerdos de este orden que tuvieron como eje el de establecer reciprocidad, esto es, que los países contratantes se comprometieran a dar a los autores extranjeros el mismo trato que sus leyes le otorgaban a sus autores nacionales (principio del trato nacional), por lo que, en las últimas décadas del siglo en referencia, varios estados europeos y latinoamericanos se vieron inmersos en la práctica de estos acuerdos. En otras palabras, la finalidad de los acuerdos bilaterales fue el de establecer el principio del trato nacional al autor extranjero, por ejemplo, si es que un país determinado otorgaba a sus autores nacionales derechos que no se extinguían con su muerte sino que pasaban a sus herederos, lo mismo debía conceder a los autores extranjeros. Sin embargo, la enorme cantidad de estos acuerdos trajo consigo disparidad, en cuanto a la protección que el autor esperaba obtener en países diferentes al suyo, lo que a su vez ocasionó varias reuniones para lograr una protección internacional uniforme de los autores. El primer intento en este sentido ocurrió en el Congreso sobre propiedad Literaria y Artística celebrado en Bruselas en 1858, el cual tuvo la participación de 300 delegados; el siguiente fue en 1877 en Antwerp, para conmemorar el tercer centenario del nacimiento de Rubens.

15. En esta misma línea, en 1878 la denominada *Société des gens de lettres* convocó a un congreso literario internacional en París, el cual estuvo presidido por el famoso escritor Víctor Hugo, autor de *Los miserables*, con la finalidad de elaborar una convención uniforme que regulara el uso de la propiedad literaria. Este congreso coadyuvó para el establecimiento de la llamada Asociación Literaria Internacional, organismo que contó como su primer presidente a Víctor Hugo y tuvo los siguientes objetivos: a) Proteger los principios de la propiedad literaria; b) Organizar relaciones entre las sociedades literarias y los escritores; y, c) Iniciar empresas de carácter literario internacional. Cuando incluyó para su protección a las creaciones artísticas, cambió su nombre al de Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI).²⁰

16. La ALAI, con el fin de crear una Unión de Propiedad Literaria, celebró varias conferencias diplomáticas en Berna entre 1883 y 1886. El objetivo primordial de la conferencia de 1883 fue establecer una Unión General, para la protección de los derechos de los autores en sus trabajos literarios y manuscritos. El principio fundamental de protección fue el del trato nacional, según el criterio del lugar de publicación o representación de la obra y no de la nacionalidad del autor que reclama protección. Por su parte, el gobierno suizo, concluida la conferencia de 1883, convocó a una conferencia diplomática, para el 8 de septiembre de 1885 en Berna, con el propósito de concertar un acuerdo final de protección internacional de derechos de autor y preparar disposiciones generales que luego se someterían a consideración de los gobiernos representados en la conferencia, pero por discrepancias entre los asistentes, el proyecto colapsó.

17. Otra conferencia se realizó también en Berna en septiembre de 1885, pero como la participación de las naciones que asistieron se realizó a título de observadores, no se

²⁰ Ernesto Rengifo García, *ibídem*, pp. 329 y 330.

logró tampoco el objetivo de la unión internacional. Sin embargo, los países reunidos suscribieron un acta solicitando que el Consejo Federal Suizo convoque a una nueva conferencia diplomática en el término de un año, para que el proyecto de convención se convierta en un instrumento internacional, de tal forma que la Conferencia final, ocurrida en Berna el 6 de septiembre de 1886, fue suscrita por diez naciones: Alemania, Bélgica, España, Francia, Reino Unido, Haití, Italia, Liberia, Suiza y Túnez; contó con dos observadores: Japón y Estados Unidos, y entró en vigencia el 5 de diciembre de 1887.

1.2.1. El Convenio de Berna de 1886, importancia e incidencia en las normas interna y comunitaria en vigencia

Tanto el Convenio de Berna de 1886, como la Convención Universal sobre Derechos de Autor de Ginebra de 1952, constituyen dos estatutos que sentaron las bases de buena parte de la legislación internacional y de nuestra norma interna vigente sobre derechos de autor. No desarrollaremos aquí el contenido de estos dos instrumentos internacionales dada la extensión del presente trabajo, pero el desarrollo del derecho de propiedad intelectual ha tenido mucho que ver con ellos. En efecto, tres normativas expedidas luego de un siglo de la promulgación del Convenio de Berna, como el ADPIC de 1993, el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor de 1996 y la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana de 1998 hacen alusiones expresas de este instrumento internacional, en varios de sus articulados.

Antes del Convenio de Berna, existieron acuerdos en materia de derechos de autor, pero bajo la concepción de Estado que nació en el siglo XVII y que aún imperaba en aquella época, esto es, del Estado nacional territorial, con efectos territoriales limitados, cuya normatividad se circunscribía únicamente al territorio de un país determinado. Fernández Ballesteros dice que, bajo esta idea de Estado, constituía un

principio generalmente establecido que el derecho de autor era por naturaleza territorial, es decir, que la protección en virtud de una ley de derecho de autor determinada, solo se otorgaba en el país donde se aplicaba esa ley.²¹

En cambio, el Convenio de Berna, en la medida en que abrió sus puertas a todos los estados, no es difícil suponer la importancia que tuvo dentro de los acuerdos multilaterales de derecho privado del siglo XIX.

El referido Convenio fue completado en París (1896), revisado en Berlín (1908), completado en Berna (1914), revisado en Roma (1928), en Bruselas (1948), en Estocolmo (1967) y en París (1971), y enmendado en 1979. En este sentido, se puede decir que, el Convenio de Berna siempre ha estado en franca evolución; en otras palabras, se ha ido ajustando al desarrollo tecnológico en la reproducción, transmisión y difusión de las creaciones intelectuales.²²

El Convenio de Berna fue recién incorporado al ordenamiento jurídico ecuatoriano en 1992, por la falta de voluntad política, el desinterés y el desconocimiento del tema específico del derecho de autor, pero, principalmente, porque una de las constantes de Ecuador, en su calidad de país subdesarrollado, ha sido su desfase económico, político, social y cultural, y en esta medida, su rol en el contexto mundial y sus obligaciones frente a los convenios internacionales, en materia derechos de autor, han sido prácticamente nulos. Sin embargo, los drásticos cambios que en el campo

²¹ Carlos Fernández Ballesteros, *ibídem*, s/p.

²² Carlos Fernández Ballesteros, *ibídem*, s/p.

internacional se suscitaron en la década de los 90 y el impulso de la Cámara del Libro del Ecuador hizo posible la aprobación de este convenio en el año señalado. (Ver Anexo 4).

En este sentido, nuestra Constitución Política, en su artículo 163, especifica directamente la relación de los tratados y acuerdos internacionales con las leyes internas, por lo que los primeros, además de crear derechos y obligaciones sobre los sujetos de derecho internacional como constituyen los estados y organizaciones internacionales, también inciden sobre los individuos que se verán afectados dependiendo de cómo los estados cumplan las obligaciones derivadas del convenio. Los preceptos de los tratados no tendrán trascendencia como normas que establecen derechos y obligaciones ante los tribunales nacionales del Estado obligado internacionalmente por el tratado, si no cuenta con medidas adicionales de índole legislativas o ejecutivas y, eso es, precisamente, una de nuestras carencias. A pesar de lo subrayado, hoy en día, en que el proceso de globalización y la injerencia por parte de transnacionales y países poderosos en países pequeños —que buscan, entre otras cosas, homogeneizar la ley a nivel mundial— se consolidan aún más, las obligaciones que Ecuador tiene, con los convenios internacionales que versan sobre esta materia (el Tratado de la OMPI y el ADPIC son un claro ejemplo de esto), son mucho más puntuales y el fiel cumplimiento de sus preceptos le suponen una coacción permanente.

De otro lado, en el afán de puntualizar puntos básicos de enlace e incidencia entre el Convenio de Berna y las normas interna y comunitaria en vigencia (con la ley interna de 1976 no cabe exponer vínculo alguno, pues, como ya señalamos, Ecuador solo ratificó el Convenio en 1992), observamos que, de una simple lectura de La Ley de Propiedad Intelectual de 1998 del Ecuador, en el apartado que destina a los derechos de autor y de la Decisión 351 relativa al Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos

de la Comunidad Andina, la base de buena parte de los postulados de estas dos normas fue tomada del Convenio de Berna. En otras palabras, tanto nuestra norma interna como la comunitaria guardan íntima relación con los preceptos declarados en el Convenio y, por consiguiente, no existe oposición de normas ni incongruencia en este sentido.

Empero, consideramos que, por la variedad de concesiones de reservas que el Convenio otorga y por el hecho de sostener expresamente en su artículo 28 1. b) que los países de la Unión podrán declarar que su adhesión o ratificación a este tratado no es aplicable a los artículos 1 al 21 ni al Anexo, deja abierta la posibilidad para que, si en el instrumento de adhesión o ratificación, un país determinado se acoge a este artículo, prácticamente la aplicabilidad de todas las disposiciones de envergadura del Convenio quedan insubsistentes en su legislación interna. Si la intención de los legisladores del Convenio fue contar con la adhesión de la mayor parte de los estados del orbe, estamos convencidos de que existen otras posibilidades, no tan permisivas en los articulados, para que la adhesión o ratificación se viabilice sin trabas de por medio.

1.3. La Convención Universal sobre Derechos de Autor de Ginebra de 1952 y su reflejo en la Ley de 1976 y en las normas interna y comunitaria en vigencia

La UNESCO, organismo internacional que, entre otros programas tiene el de promover el derecho de autor en América Latina y el Caribe, propició la sanción de la llamada Convención Universal sobre Derechos de Autor que fuera adoptada el 6 de septiembre de 1952 en Ginebra, con dos declaraciones y tres protocolos anexos.

Ecuador, bajo el influjo de la UNESCO, aprobó a la Convención Universal sobre Derechos de Autor de Ginebra, a los pocos años de su creación. Así, mediante Decreto Legislativo de 5 de noviembre de 1956 y ratificado por Decreto Ejecutivo número 476 de 31 de diciembre de 1956, publicado en el Registro Oficial N° 194 de 24 de abril de 1957,

hizo el depósito del Instrumento de adhesión de este estatuto, ante el Director General de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, de conformidad con los artículos VIII y IX de la Convención.

Los postulados de la Convención Universal traen consigo exigencias para los estados contratantes que fueron respetados tanto en la Ley de 1976 como en las normas interna y comunitaria en vigencia, por lo que se cumple uno de los propósitos fundamentales de la Convención que fue el de no interferir ni derogar la legislación existente sobre derechos de autor y más bien armonizarla. En efecto, creemos que se cumple a cabalidad el propósito primordial de la Convención que, según el tratadista Villalba, fue el de armonizar las legislaciones existentes sobre derechos de autor.²³

En este contexto, la Convención difiere del Convenio de Berna, pues no aplica reservas, por lo que, insistimos, se viabiliza una aplicación uniforme para los estados que la aprueben y, además, para conseguir el mayor número de adherentes posibles, en lugar de dejar en libertad a los países contratantes para aplicar o no ciertos articulados –como es el caso del Convenio de Berna–, creó unos requisitos mínimos de protección más bien bajos. Por ejemplo, en su artículo IV, que es el relativo al término de protección de las obras, dejando que el término se rija por la legislación interna del Estado contratante donde se demande la protección, estipula que el término mínimo de protección será la vida del autor y 25 años después de su muerte, partiendo de la primera publicación y 10

²³ El propósito de la Convención Universal consistió en “armonizar las legislaciones existentes, cualquiera fuera su nivel. Para ello se abandonó toda pretensión primordial de lograr una legislación uniforme o todo intento programático en busca de un ascenso en el grado de protección. Cumplió su propósito de armonizar las distintas convenciones, arreglos o tratados sobre la materia. Sobre estas bases cumple con unos de los principios históricos: el de la universalidad del sistema”. C. Villalba, “Introducción a los tratados internacionales en materia de derecho de autor”, en *Revista La Propiedad Industrial*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1980, pp. 331-349, citado por Delia Lipzyc, *ibídem*, p. 753.

años en el caso de obras fotográficas y obras de arte aplicadas. En este caso, la Ley de Derechos de Autor ecuatoriana de 1976 y la norma comunitaria concuerdan en el término de protección la vida del autor y 50 años después de su muerte y la norma interna actual la vida del autor y 70 años después de su muerte, por lo que sus plazos de protección son más amplios en relación con los contemplados por la Convención y, en este sentido, no existe contraposición de leyes.

Citamos dos casos de exigencias previstas por la Convención en sus artículos I y IV:

1. Artículo I: “Los estados contratantes se comprometen a adoptar todas las disposiciones necesarias, a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores, o de cualesquiera otros titulares de estos derechos...”. La norma interna de 1976 distinguía entre autor (persona natural) y titular derivado (persona jurídica que ejercía derechos de autor) y concedía derechos tanto al uno como al otro. Las normas comunitaria e interna actuales también distinguen entre autor y titular de los derechos de autor, y conceden derechos suficientes y efectivos a ambos. La norma comunitaria en su artículo 9 establece que “Una persona natural o jurídica, distinta del autor, podrá ostentar la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra de conformidad con lo dispuesto por las legislaciones internas de los países miembros”. Por su parte, la ley interna actual, en el primer inciso del artículo 11, dice: “Únicamente la persona natural puede ser autor. Las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos de autor, de conformidad con el presente libro”.

2. La Convención permite a los estados contratantes el establecimiento en su legislación interna de excepciones a las facultades patrimoniales de los autores, pero si los estados

ejercen esa facultad, en su artículo IV prevé que éstos “deberán conceder un nivel razonable de protección efectiva a cada uno de los derechos que sean objeto de esas excepciones”. Creemos objetivamente que las excepciones a los derechos patrimoniales que plantean la Ley de Derechos de Autor de 1976 y las normas interna y comunitaria en vigencia cumplen con el postulado de la Convención. Por ejemplo, la duración de los derechos patrimoniales, cuyo término, como dejamos expuesto, sobrepasa el término previsto por la Convención.

Como podemos apreciar, el nivel de exigencias no es riguroso y más bien invitan a los estados a su adhesión. Así, las disposiciones que contenían y contienen la Ley de 1976 y las leyes interna y comunitaria actuales sobre derechos de autor no interfieren para nada con ninguna de las dos exigencias citadas. En suma, las dos leyes ecuatorianas en mención y la ley comunitaria no fueron ni son contrarias al espíritu ni a las disposiciones de la Convención.

1.4. Aproximaciones teóricas sobre la propiedad intelectual

Con el fin de encontrar parámetros para una mejor comprensión del análisis que vamos a desarrollar de varias leyes nacionales e internacionales que se ocupan del derecho de autor, nos hemos visto precisados, en primer lugar, a esbozar elementos teóricos muy puntuales y concretos sobre la propiedad intelectual y, posteriormente sobre los derechos de autor.

Para lograr nuestro cometido, puntualizamos algunos significados acerca de la propiedad intelectual:

a) La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (O.M.P.I.)²⁴ sostiene que, la “propiedad intelectual” consiste en los derechos subjetivos derivados de la actividad intelectual en los

²⁴ La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual es un organismo especializado de las Naciones Unidas, creado en 1967, con el objetivo de promover la protección de la propiedad intelectual en el mundo. www.wipo.org.

campos industriales, científicos y artísticos²⁵. El tratadista Robert Sherwood aduce que son dos los elementos con los que se maneja el mencionado concepto: la actividad creativa y las invenciones, que las denomina “productos de la mente” y la protección pública que el ordenamiento jurídico les brinda. Añade que en la expresión propiedad intelectual está implícita la protección pública que se brinda a esos bienes, pues si no hay protección, no hay propiedad intelectual²⁶.

b) Implica un “género de protección” a derechos subjetivos que los ordenamientos jurídicos otorgan a los individuos sobre sus obras intelectuales o creativas, protegiendo a éstos sus intereses patrimoniales y extrapatrimoniales sobre las mismas²⁷.

c) Para otros autores la especialidad de la propiedad intelectual estriba en la particularidad del objeto sobre el cual recae la protección: los productos de la creatividad del hombre, los frutos que emanan de su labor intelectual y creativa.

Alrededor de los Convenios de París de 1883 sobre la Propiedad Industrial y el de Berna de 1886, sobre la protección de obras literarias y artísticas, tradicionalmente se ha clasificado la propiedad intelectual en dos ramas: la propiedad industrial; que comprende invenciones, dibujos y modelos industriales, marcas y lemas comerciales y la protección contra la competencia desleal; y el derecho de autor, que comprende también los derechos conexos.

1.4.1. Objeto de protección de la propiedad intelectual

Sobre el objeto de protección de la propiedad intelectual, éste recae sobre cosas y no sobre ideas puras²⁸. En este sentido se pronuncia Isidro Satanowsky: “por carecer de

²⁵ O.M.P.I, *Intellectual Property Reading Material*, Publication No. 276 (E). www.wipo.org/about-ip/en, p.1.

²⁶ Robert Sherwood, *Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1992, p. 24.

²⁷ Hermenegildo Baylos Corroza, *ibídem*, p. 43.

²⁸ Felipe Rubio, *La obra como objeto del derecho de autor*, San José, Secretaría de Integración Económica Centroamericana y Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, 1998, p. 1.

forma, la idea pertenece al dominio público, pues se ha tomado del haber común del conocimiento y el principio de que las ideas son y deben ser libres, es fundamental, y sin él no puede existir ninguna actividad creadora”²⁹. Por consiguiente, lo que se encuentra dentro de la esfera de protección de la propiedad intelectual son las denominadas creaciones intelectuales, que pueden ser catalogadas como bienes de naturaleza incorpórea o inmaterial.

Estos bienes inmateriales poseen especificidades que los diferencian de cualquier otro tipo de bien³⁰: a) existe la posibilidad de que una cantidad indefinida de personas goce de un mismo bien inmaterial de manera simultánea; b) todo bien inmaterial para ser objeto de protección debe encontrarse exteriorizado en un soporte corporal; y, c) son difíciles de identificar, lo cual no sucede con las cosas corpóreas, sobre las obras del ingenio no se pueden fijar marcas.

Con el fin de realizar una mejor delimitación del objeto sobre el cual recae la protección de la propiedad intelectual, la doctrina ha desarrollado la llamada ‘teoría de las formas’ para estudiar los bienes inmateriales, la cual está revestida de cuatro elementos: a) el contenido de la obra, que constituye la materia prima del autor o inventor; b) los medios expresivos, que son las palabras, sonidos o materiales de que se vale el autor o inventor para producir su creación; c) la forma interna que es el esfuerzo creativo del autor, el reflejo de su individualidad; y, d) la forma externa que es la “apariencia sensible” de la obra, la forma particular en que el autor ha puesto los medios expresivos y ha expresado su ingenio³¹.

1.4.2. Naturaleza jurídica de la protección en la propiedad intelectual

²⁹ Isidro Satanowsky, *ibídem*, p. 156.

³⁰ Canelutti señala que los referidos bienes inmateriales deben ser ubicados en una zona intermedia entre lo material y lo personal. Canelutti citado por Hermenegildo Baylos Carroza, *ibídem*, p. 99.

Tomando en cuenta que existen algunas discusiones de índole doctrinal vinculadas a la naturaleza jurídica de la protección de los autores e inventores, vamos a elaborar un bosquejo de ellas:

1. La propiedad intelectual como un derecho de propiedad: el derecho de propiedad se puede ejercer sobre todo tipo de ‘valor patrimonial’ y no se restringe a cosas de naturaleza material. Las obras intelectuales pueden inclusive ser expropiadas por el Estado en casos de utilidad pública, por lo cual la inmaterialidad del bien no tiene importancia. Raymundo Salvat argumenta que: “no sostenemos que sea una propiedad lisa y llana, sino que jurídicamente se le asemeja y puede ser sometida a un régimen legal análogo con las diferencias exigidas por la índole de su objeto”³². Esta tesis sostiene que coexisten dos formas de dominio de diversa naturaleza: en el caso de un libro, se encuentra la obra intelectual, cuyo titular es el autor, y en el dominio que se ejerce sobre el objeto físico, el propietario constituye la persona que adquiere el libro. Las censuras acerca de esta teoría ya las resumía hace varios años atrás el español José Castán Tobeñas: “En lo que parece más conforme la doctrina moderna –aunque haya también discrepancias en este punto– es en negar al derecho de que se trata el carácter de verdadera propiedad, ya por no recaer sobre cosa corporal, ya por no ser perpetuo, ya, en general, por no reunir las condiciones que respecto al uso, disfrute y reivindicación tiene todo derecho de propiedad”.³³

2. Monopolio de explotación: el ordenamiento jurídico protege la relación entre el creador y sus obras intelectuales a través de un monopolio de explotación y mantiene un vínculo estrecho con el derecho de propiedad, en tanto el derecho que el autor o inventor

³¹ Hermenegildo Baylos Carroza, *ibídem*, p. 100.

³² Raymundo Salvat, *ibídem*, p. 516.

disfruta es transmisible, embargable y goza de un sistema de publicidad a través de un registro³⁴. Robert Sherwood la objeta afirmando que la protección que brinda la propiedad intelectual no debe ser confundida con un monopolio otorgado a su creador, pues mientras la propiedad intelectual protege una obra o producto en particular, el monopolio busca proteger la empresa, brindándole la capacidad de excluir a otras empresas de un mercado específico³⁵.

3. Derechos sobre bienes inmateriales: las obras del ingenio son bienes de carácter inmaterial, autónomos y económicamente aprovechables, sobre los cuales su creador ejerce un poder jurídico, consistente en derechos exclusivos y absolutos, y por su especial naturaleza, constituyen una categoría nueva de derechos subjetivos. Las objeciones hacia esta tesis afirman la inexistencia de un concepto jurídicamente preciso de lo que es un “bien inmaterial”, pues solo habla de intangibilidad o percepción a través del intelecto para caracterizarlo.

4. Derechos intelectuales: esta categoría de derechos está integrada por dos elementos: a) de orden moral, por la relación estrecha entre la obra y la personalidad del creador; y, b) de naturaleza patrimonial, en la que la obra es un bien que forma parte del patrimonio de quien la produjo³⁶. La crítica aduce que los ordenamientos positivos les dan un tratamiento separado a este conjunto de actividades, por lo cual, entre ellas surgen diferencias muy marcadas que no hacen posible preservar la pretendida unidad³⁷.

³³ José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1957, Tomo II, p. 383.

³⁴ Georges Ripert y Jean Boulanger, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, Buenos Aires, Ediciones La Ley, 1965, Tomo VI, p. 427.

³⁵ Robert Sherwood, *Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1992, pp. 63-64.

³⁶ Isidro Satanowsky, *ibídem*, p. 52.

³⁷ Ricardo Antequera Parilli, *ibídem*, p. 6.

5. Derecho de la personalidad: el derecho principal que tiene el creador radica en mantener secreta o divulgar su obra, lo cual constituye un derecho esencialmente personal y, por ello, de duración ilimitada. Las críticas develan que esta teoría no considera la naturaleza autónoma de la obra en relación con su creador: “... cualquier derecho que corresponda al creador no puede alcanzar las características que corresponden al de la personalidad, en que lo tutelado es únicamente la propia persona, porque aquí ya se encuentra frente al derecho un objeto de entidad propia que es la obra creada, cuya protección en definitiva no puede interpretarse como una tutela de carácter puramente personal”³⁸.

6. Derecho de Trabajo: ubica a la propiedad intelectual como una manifestación del Derecho del Trabajo, de tal suerte que al autor o inventor se le asegura una remuneración por su trabajo intelectual, reconociéndole también sus intereses personales en la obra de la creación. Se objeta esta posición sosteniendo que los creadores de la obra no son trabajadores, y que su esfuerzo intelectual no puede ser considerado un trabajo más que deba ser remunerado, pues son actividades de distinta naturaleza.

Este enfoque de la protección que se brinda a los inventores y autores como un derivado del derecho laboral lo remonta a la época de los privilegios en la que, como se ha mencionado, se buscó otorgar a los autores una remuneración equitativa por su trabajo intelectual, dado que los intermediarios habían monopolizado la explotación económica de las obras del ingenio. Uno de los objetivos de esta corriente se centra en socializar la protección de la propiedad intelectual, en consecuencia, el creador, formaría parte de la cadena que permite desarrollar y comunicar la obra intelectual (en la obra musical, por ejemplo, intervendrían también intérpretes, directores, técnicos de audio, etc.; en una obra audiovisual, intervendrían además guionista, productor, etc.).

A pesar de que nuestra Ley de Propiedad Intelectual en vigencia en su artículo 16 admite la posibilidad de que en vínculo laboral el empleador inclusive, salvo pacto en contrario, puede

³⁸ Hermenegildo Baylos Corroza, *ibídem*, p. 467.

tener la titularidad de las obras creadas y además puede ejercer los derechos morales para la explotación de la misma, sostener que la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual está sujeta al derecho del trabajo, resulta por decir lo menos, limitada. En efecto, resulta incompleta y brinda respuestas parciales a todo lo que implica la propiedad intelectual y en especial los derechos de autor: tiempo de duración de la protección, derechos morales, limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales, sociedades de gestión colectiva, etc..

Se podría colegir que, en suma, la propiedad intelectual encierra un sistema de protección de carácter sui géneris, en el cual su naturaleza inmaterial e intelectual de la cosa o referencia objetiva tutela es innegable.

1.4.3. Fundamento de la protección de los derechos intelectuales

El sustento doctrinario de los derechos intelectuales pretenden conciliar el interés individual, mediante el cual un inventor o autor busca explotar económicamente las obras de su ingenio, de manera exclusiva (aspecto patrimonial), y espera que se le reconozca la paternidad de la obra (aspecto moral); y el interés colectivo, por el que la sociedad se beneficia de utilizar los descubrimientos, invenciones y demás creaciones intelectuales, en orden a obtener un mejor nivel de vida.

1.5. Aproximaciones teóricas sobre los derechos de autor

Delia Lipszyc esgrime que los derechos de autor es “la rama del Derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultante de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales”.³⁹ Mientras tanto, Borda concluye que el derecho de autor es un derecho sui géneris, una tercera categoría

³⁹ Delia Lipszyc, ibídem, p. 14.

de los derechos patrimoniales, que puede definirse como un derecho a la explotación económica temporaria de la obra o idea intelectual, distinta a la propiedad como tal.⁴⁰

1.5.1. Sujeto de protección en los derechos de autor

Este sistema de protección se encuentra orientado a otorgar una serie de derechos patrimoniales y morales a los autores de las obras protegidas, por lo que se podría afirmar que es en realidad la protección de los derechos del autor el fundamento del mencionado sistema.

1.5.2. Autoría y titularidad

La principal diferencia entre el autor y el titular consiste en que este último no puede ejercer derecho alguno sobre una obra, si el autor de la misma no se lo ha concedido de manera expresa. En esta medida, el autor goza de manera exclusiva la utilización de la obra; sin embargo, por la vía contractual éste podrá autorizar a terceros alguno o todos los derechos que integran lo que la legislación ha denominado como “utilización de la obra”.

El Glosario de la Ley de Propiedad intelectual ecuatoriana en vigencia, en su artículo 7, define como autor a la “persona natural que realiza la creación intelectual” y más adelante concibe a la titularidad como la “calidad de la persona natural o jurídica, de titular de los derechos reconocidos por el presente libro”. Hay que anotar que al surgir la protección de los derechos de autor desde el momento mismo de la creación de la obra, el autor es el sujeto en quien recaen de manera inicial todos los derechos que la ley concede, con el fin de resguardar el disfrute íntegro de su creación; por ello, Delia Lipszyc dice que el autor es el titular *originario* de los derechos de autor⁴¹. Por ello, el régimen de los

⁴⁰ Guillermo Borda, *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Editorial Perrot, Vol. II, 1984, pp. 29-30

⁴¹ Delia Lipszyc, *ibídem*, p.123.

derechos de autor tutela la forma en que una idea es expresada o materializada mediante una obra producto del intelecto humano, lo cual deja entrever que solo una persona física cuenta con la aptitud de ser creador.

Así mismo, la doctrina distingue entre titularidad originaria (la cual recae exclusivamente en el autor como persona física que crea la obra) y la titularidad derivada (que puede ser ostentada tanto por las personas físicas como jurídicas. Una persona será titular originario siempre que la concesión de derechos sea en razón de la creación de una obra y tendrá la titularidad derivada el que obtuvo el goce de alguno de los derechos que le corresponden al autor en virtud de una cesión, en la que el autor le haya transferido sus derechos.

1.5.3. Contenido de los derechos de autor

El contenido de los derechos intelectuales conllevan dos aspectos: patrimonial y personal, integrando en su ámbito de protección, por un lado, el vínculo espiritual entre la obra y su creador, otorgando al autor el derecho, por ejemplo, de publicarla o no, defender su paternidad intelectual, y por otro, el interés económico que tiene el autor de la obra, concediéndole la exclusividad de la utilización de la obra y con ella el monopolio del provecho económico que pueda resultar de su publicación.

1.5.3.1. Los derechos patrimoniales

Para definir a los derechos patrimoniales, creemos pertinente citar el viejo concepto propuesto por el autor Rafael De Pina, quien afirma que son aquellos que permiten al autor recoger los frutos de su creación, que no solo están constituidos por la fama, sino también por los recursos económicos que le permiten subsistir y poder así consagrarse a la labor intelectual⁴². De la misma manera, Juan Llobet Colom define al

⁴² Rafael De Pina, *Derecho Civil Mexicano*, Volumen II, México D. F., editorial Porrúa., 1962, p.175.

derecho pecuniario como la facultad del autor de una obra de utilizarla o autorizar el uso de ella con fines de lucro.⁴³ La doctrina, en esencia, señala que el autor o titular de los derechos tienen la potestad de autorizar o impedir ciertos actos relacionados con la obra, que en forma genérica implican la facultad de utilizar una obra, que engloban el aprovechamiento económico de la misma como la reproducción de la obra y la comunicación pública de ésta, entre otros.

1.5.3.2. Los derechos morales

Los derechos relativos a la tutela de la personalidad del autor, en relación con su obra, son los que se denominan derecho moral, los cuales “se dirigen a tutelar la vinculación personal y afectiva entre el autor y su obra” o a proteger la personalidad del autor en relación con su obra⁴⁴. Doctrinariamente los derechos morales cuentan con estas particularidades: a) esencialidad: en la medida en que al obviar estos derechos la condición de autor carecería de sentido; b) extrapatrimonialidad: estos derechos no son estimables desde el punto de vista patrimonial; c) inherencia: referida a que la obra está estrechamente vinculada al autor; d) absolutez: el autor pueden exigir, de todos los demás sujetos jurídicos, el respeto de su obra; e) inalienabilidad: las facultades que lo integran no son objeto de disposición; f) inexpropiabilidad: estos derechos no son objeto de transferencia obligatoria o forzosa; g) transmisibilidad mortis causa: estos derechos se pueden delegar por *mortis causa*; h) irrenunciabilidad: cualquier acto o cláusula contractual en la cual se renuncie al ejercicio de un derecho moral es inválido; i) inembargabilidad: no se puede ejecutar un derecho moral, con el objeto de sufragar o

⁴³ Juan Antonio Llobet Colom, *El Derecho de Autor. La Legislación de Centroamérica y Panamá*, Guatemala, Editorial Piedra Santa, 1982, p. 27.

⁴⁴ Ricardo Antequera Parilli, *El Derecho Moral de Autor y los Derechos Morales de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes*, San José, Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI Sobre Derecho de Autor y Conexos para Países de América Latina; OMPI – SGAE, 2000, p. 2.

cubrir una deuda u obligación contraída; j) imprescriptibilidad: no es posible perder un derecho moral por prescripción; y, k) perpetuidad: aunque hoy en día es totalmente discutido, se persiste doctrinariamente en esta característica de al menos algunos de los derechos morales (nuestra ley en vigencia prevé que, a la muerte del autor, el ejercicio de reivindicar la paternidad de la obra y oponerse a toda deformación de ésta, corresponderá ‘sin límite de tiempo’ a los causahabientes del autor).⁴⁵

Cabría agregar que la característica doctrinaria relativa a la transmisibilidad mortis causa, de hecho choca con la naturaleza de derecho personalísimo que corresponde al derecho de testar, es por ello que antes decíamos que por el sistema de protección de carácter sui géneris que encierra la propiedad intelectual y más específicamente los derechos de autor en que el reconocimiento de derechos morales constituye un elemento innovador, que se complementa con el aspecto patrimonial, muchas veces se contraponen con otros principios generales del derecho.

1.5.4. Duración del contenido de los derechos autorales

Los derechos de autor tienen una duración determinada. La ley concede determinados derechos al autor o titular de una obra protegida; los cuales podrá gozar y explotar económicamente de manera exclusiva por un tiempo determinado. Una vez transcurrido dicho término, estos derechos pasarán al dominio público.

1.5.5. La obra como objeto de protección

La protección que brindan los derechos del autor se encuentra condicionada a los siguientes parámetros: “a) el derecho de autor protege las creaciones formales y no las ideas; b) la originalidad (o individualidad) es condición necesaria para la protección; c) la

⁴⁵ Ricardo Antequera Parilli, *ibídem*, pp. 3-6.

protección no depende del valor de la obra, de su destino o expresión; y, d) la protección no está sujeta al cumplimiento de formalidades”.⁴⁶

⁴⁶ Delia Lipszyc, *ibídem*, p. 62.

CAPÍTULO II: LA NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR

2.1. Principales aspectos de la Convención Interamericana sobre Derechos de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas de Washington de 1946

En la medida en que, sobre todo, Ecuador contemporáneo no ha sido extraño al proceso de implantación de diversas normas, a nivel internacional y subregional, sobre derechos de autor, podemos señalar que aquí rigen varios cuerpos regulatorios que versan sobre este tema, que tienen diverso origen, diferente ámbito territorial de aplicación y vigencia. De todos ellos, en este capítulo analizaremos las Convenciones de Washington y de Roma, el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor y el ADPIC, en lo relativo a este mismo tema.

Entrando en materia de este punto, manifestamos que una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, en 1946 la Unión Panamericana llamó a la Conferencia Interamericana de Expertos para la Protección de los Derechos de Autor a llevarse a cabo en Washington. Esta conferencia dio pie para que emane la Convención de Washington que, entre sus múltiples objetivos, estaba el de actualizarse en relación a convenios interamericanos precedentes como fueron la Convención de Buenos Aires de 1910 y la Convención de La Habana de 1928.

Los estados que la suscribieron fueron Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Para nuestro país, aunque sin mayor presencia en el contexto americano, le era más fácil acceder a este tipo de convenios a nivel continental y bajo la premisa que la

Convención Interamericana sobre Derecho de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas fortalecería la protección recíproca interamericana de los derechos de autor y, además, ayudaría para el intercambio cultural de los países del continente. Se la aprobó mediante Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente, en el mes de enero de 1947, y se publicó en el Registro Oficial N° 803 de 6 de febrero de 1947. Fue ratificada por Decreto Ejecutivo N° 181-9 de 1 de febrero de 1947, publicado en el Registro Oficial N° 850, de 3 de abril de 1947 y, de conformidad con el Decreto Ejecutivo de 1 de febrero de 1947, el Presidente de la República aprobó y ratificó todos los artículos de la Convención, declarándola Ley de la República.

A nuestro criterio, los aspectos más importantes de la Convención de Washington son los siguientes:

2.1.1. Derechos patrimoniales y morales y obras protegidas

Uno de los primeros puntos que aborda esta Convención radica en la obligación de los estados contratantes a reconocer y proteger el derecho de autor sobre las obras literarias, científicas y artísticas. Posteriormente, enuncia los derechos patrimoniales protegidos, esto es, que el derecho de autor comprende la facultad exclusiva que tiene el autor para usar y autorizar el uso de sus obras, en todo o en parte y para disponer de ese derecho a cualquier título y transmitirlo por causa de muerte.

En otro aspecto, la Convención reconoce como derechos morales los derechos a la paternidad e integridad de la obra, y admite la renuncia o cesión de la integridad de la obra, si las normas del Estado en donde se realice el contrato lo disponen.

Las obras que protege esta Convención son las literarias, científicas y artísticas; pero en lo que tiene que ver con las obras científicas se estipuló que su protección no cubre el aprovechamiento industrial de la idea científica. Se concede una protección

restringida para las obras de arte con aplicación industrial, pues se les confiere si hay protección recíproca entre los estados contratantes. En cambio, no es objeto de protección el contenido informativo de las noticias periodísticas, pero sí se tutela el título de una obra protegida que haya alcanzado notoriedad internacional.

En estos temas, se advierten innovaciones importantes en relación con las convenciones interamericanas anteriores que trataron sobre derechos de autor: a) se utiliza por primera vez la expresión ‘derechos de autor’; y, b) el carácter de inalienables de los derechos morales persistía en relación con la paternidad de la obra, pero se rompía con este carácter al admitir la cesión o renuncia del derecho moral relativo a la integridad de la misma. Con ello, parecería ser que este instrumento internacional marcó el inicio de las reformas a los derechos morales. Así mismo, se puede resaltar de los temas enunciados que la protección a las obras tiene sus excepciones y limitaciones, sobre todo en relación con las obras científicas y con las obras de arte con aplicación industrial; y, que el autor tiene facultades exclusivas en relación con sus derechos patrimoniales.

2.1.2. Otros temas

En otro ámbito, por la ausencia en la Convención de la determinación del país de origen de la obra, se puede establecer como éste el de la primera publicación de la obra en cualquiera de los estados contratantes. También la Convención deja claro que el término de duración de la protección de derecho de autor será la que prevea la norma interna de cada Estado contratante.

Otro de los puntos que hay que destacar tiene que ver con el hecho de que la obra ya protegida, en el país del cual es nacional o residente el autor, se protege sin necesidad de ninguna formalidad en los otros estados.

Los puntos que anteceden permiten determinar que este estatuto busca crear un espacio de consenso con la legislación interna de los países contratantes y, además, que el reconocimiento de la protección de la obra está exento de formalismos que puedan dificultar dicho reconocimiento.

Por último, reiteramos que la Convención de Washington de 1946 reemplazó entre los estados contratantes a la Convención sobre Propiedad Literaria y Artística de Buenos Aires en 1910, a la Convención de Revisión de La Habana de 1928 y a cualquier otra convención interamericana suscrita con anterioridad sobre derechos de autor.

2.1.3. La Convención de Washington y su vínculo con la ley de 1976 y las normas interna y comunitaria en vigencia

El artículo I de la Convención, que se refiere a la obligación de los estados contratantes de “reconocer y proteger el derecho de autor sobre las obras literarias, científicas y artísticas”, constituye, precisamente, una de las pocas obligaciones expresas a los estados contratantes. En este sentido, existe plena compatibilidad, sobre todo, con la Ley de Derechos de Autor de 1976 y la Decisión 351, pues ambas disponen que el ámbito de su protección abarca a las obras literarias, artísticas y científicas. La norma de 1976 asumía esta obligación no solo de forma literal, sino también disponía, al igual que la Convención, que la protección de la obra científica no comprendía el aprovechamiento industrial de la idea científica. Tampoco estimamos que exista contraposición con la ley interna actual, pues aunque su artículo 8 establece que “La protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el campo literario o artístico...”, el literal b) del artículo 10 expresa que no son objeto de protección “... los sistemas o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial...”.

En términos generales, más que obligaciones para los estados contratantes, la Convención de Washington constituye hasta hoy en día –así concuerdan expertos en la materia– uno de los tratados más completos que se hayan generado en América, con innovaciones en sus articulados que tuvieron una enorme repercusión en la mayor parte de legislaciones internas sobre derechos de autor en países de este continente. Así, el hecho de que, por primera vez, se tome en cuenta la expresión: “derechos de autor” y se deje de lado la frase: “propiedad literaria y artística” conminó a que en los países americanos –Ecuador no fue la excepción– se hable ya de derechos de autor.

2.2. Apuntes acerca de la Convención de Roma de 1961 sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión

Aunque no constituye un hecho novedoso, indicamos que una obra también puede llegar al público a través de la interpretación o ejecución del proceso de la producción fonográfica y mediante los medios de difusión. Estas actividades han sido tomadas en cuenta por la doctrina y la legislación como objeto de los llamados “Derechos Conexos”.⁴⁷ Se han celebrado varios instrumentos internacionales relacionados con este tema, entre los que pretendemos resaltar a la Convención de Roma.

⁴⁷ Como “conexos”, “vecinos”, “análogos” o “afines” se denominan a los derechos que el ordenamiento reconoce a una categoría de personas cuya actividad gira en torno a la comunicación y difusión de las obras artísticas o científicas: intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión. Federico Martínez Monge y Cynthia Morales Herra, *Nuevos desafíos a los derechos intelectuales: la problemática de la industria relativas a las obras musicales en la era de Internet*, tesis de pregrado previa a la obtención del título de licenciados en Derecho por la Universidad de Costa Rica, 2002, p. 21 del Capítulo III. El propósito de los derechos conexos radica en “proteger los intereses legales de ciertas personas naturales y jurídicas que contribuyen a que las obras estén a disposición del público o producen elementos que, sin calificarse como ‘obras’ bajo los sistemas de derechos de autor de todos los países, expresan creatividad o habilidad técnica y organizacional suficiente para justificar el reconocimiento de un derecho [...] similar al derecho de autor”. Ana Victoria Ormas Leuro, *Introducción al Derecho de Autor: Nociones Básicas*, San José, (OMPI/DA/JU/COS/97/1), 1997, p. 15.

En 1961 tuvo lugar en Roma una Conferencia Diplomática que finalmente redactaría la Convención de Roma sobre protección de los derechos conexos, que a su vez tuvo su punto de partida en el proyecto que se denominó *Proyecto de La Haya* de 1960. La Convención de Roma fue aprobada el 26 de octubre de 1961. Ecuador mediante Decreto Supremo N° 811 de 29 de octubre de 1963 e Instrumento de Ratificación de 26 de noviembre de 1963, publicado en el Registro Oficial N° 137 de 24 de diciembre de 1963, ratificó esta Convención. En el año de su incorporación al ordenamiento jurídico interno de nuestro país, se suscitó una fuerte discusión en el sentido de que se creía de poca utilidad práctica esta ratificación frente a la no incorporación de instrumentos jurídicos internacionales tan importantes para la época como lo era el Convenio de Berna.

Describimos los puntos de mayor trascendencia de dicha Convención a continuación:

2.2.1. Salvaguardia y principio del trato nacional

En primer lugar estipula la salvaguardia de los derechos de autor, en este sentido, la Convención de Roma no interfiere con la protección del derecho de autor sobre obras literarias y artísticas, de tal modo que sus preceptos no podrán interpretarse en menoscabo de la mencionada protección.

Dentro de sus normas está presente el principio de trato nacional, en virtud del cual se dará la misma protección que a los nacionales a los artistas intérpretes o ejecutantes de otro Estado contratante, con respecto a las interpretaciones o ejecuciones realizadas, fijadas por primera vez o radiodifundidas en su territorio. Así mismo, el tratamiento será el mismo para los productores de fonogramas, siempre que el productor sea nacional o de otro Estado contratante; que la primera fijación sonora se hubiere efectuado en otro Estado contratante o que el fonograma se hubiere publicado por

primera vez en otro Estado contratante. Por último, el trato nacional se aplicará a los organismos de radiodifusión, siempre que el domicilio legal del organismo de radiodifusión esté situado en otro Estado contratante o que la emisión haya sido transmitida desde una emisora situada en el territorio de otro Estado contratante.

Las disposiciones que contienen la salvaguardia y el principio del trato nacional constituyen quizás las de mayor envergadura de esta Convención, sobre todo porque a través de éstas, enuncia su ámbito de aplicación y su no interferencia en el campo del derecho de autor sobre obras literarias y artísticas. Además, el principio del trato nacional implica un manejo equilibrado y justo, para todos los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión provenientes de cualquier estado contratante.

2.2.2. Alcance y tiempo de la protección

El alcance de la protección prevista para los artistas intérpretes o ejecutantes contiene la facultad de impedir la radiodifusión de las interpretaciones o ejecuciones para las que no han dado su consentimiento, y también para la fijación sobre una base material de la ejecución no fijada y la reproducción sin su consentimiento de la fijación de su ejecución. En esta medida, el productor de fonogramas gozará del derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas; los organismos de radiodifusión gozarán del derecho de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones, la fijación sobre una base material, la reproducción de sus emisiones y, previo pago de un derecho de entrada, la comunicación al público de sus emisiones de televisión cuando se realizan en lugares accesibles a éste.

De esta manera y de conformidad con la Convención, los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho de impedir, mientras que los productores de fonogramas y

los organismos de radiodifusión tienen el derecho de autorizar o prohibir las utilidades del fonograma o las emisiones, con lo que se establecen reglas claras emanadas de las distintas alternativas propias del campo específico de acción de los beneficiarios de este instrumento internacional.

El tiempo de protección que menciona la Convención –no inferior a 20 años contados a partir del año en que se hizo la fijación, se realizó la actuación artística o se cumplió la emisión de la radiodifusión– conlleva un criterio de protección mínimo, que no pretende generar conflictos con leyes internas.

2.2.3. Excepciones a los derechos e irretroactividad

En el tema de las excepciones a los derechos, la Convención otorga a las leyes nacionales la facultad para establecer excepciones a los derechos concedidos en los casos de utilización para uso privado; utilización de cortos fragmentos; fijaciones efímeras por los organismos de radiodifusión para sus propias emisiones, y fijaciones con fines exclusivos de enseñanza e investigación científica. En otras palabras, la Convención dando reglas generales, deja en libertad a los estados contratantes sobre la forma en que se establecerán las excepciones.

La Convención también otorga a los estados contratantes la facultad para no aplicar o limitar la regla que dispone que si un fonograma es radiodifundido o comunicado al público en cualquier forma (utilización secundaria de fonogramas), el usuario debe abonar una remuneración a los artistas, intérpretes o ejecutantes o a los productores de fonogramas.⁴⁸

⁴⁸ “Se puede decir que, en un mundo de comunicaciones como el nuestro, la utilización secundaria gana cada vez mayor importancia. Esta importancia creciente de las utilidades secundarias que trata la Convención de Roma puede ocasionar un movimiento que desemboque en una revisión de dicho instrumento”. Ulrich Uchtenhagen, “Limitaciones y licencias obligatorias o legales”, en *Memoria sobre los Derechos Conexos*, Bogotá, Dirección Nacional del Derecho de Autor, 1991, pp. 33 y 34.

En los dos temas que anteceden, este instrumento internacional debió no solo limitarse a establecer disposiciones básicas y dejar el sustento al arbitrio de la legislación nacional, sino contener dentro de sus postulados ciertas normas de exigencias para los estados contratantes, tendientes a armonizar tanto el tema de las excepciones como el de la utilización secundaria de fonogramas (pensando en el equilibrio que debe existir entre usuario; artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, y empresario). De lo contrario, se puede producir una aplicación muy variada y hasta abusos sobre el manejo de estos temas en los países contratantes.

En el tema de la irretroactividad, este instrumento jurídico internacional advierte que sus disposiciones no afectan a los derechos adquiridos por cualquier Estado contratante con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor. De la misma manera, en la relación de este estatuto con otras normas protectoras y con arreglos particulares, la Convención señala, por un lado, que su protección no implica menoscabo de cualquier otra forma de protección que tengan los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión y, por otro, faculta a los estados contratantes el derecho de concertar acuerdos especiales, siempre que los derechos acordados sean más amplios o que no contraríen a la Convención.

Los puntos del párrafo anterior están vinculados con el hecho de que los derechos conexos, todavía en los primeros años de la década de los 60, constituían un tema no muy difundido en el mundo entero y, por este motivo, la Convención de Roma, valiéndose de principios generales del Derecho como el de la irretroactividad de la ley o persiguiendo objetivos como el de la armonización de normas en materia de derechos conexos, invita a su adhesión a la mayor parte de países posibles.

Finalmente, la Convención dispone, como requisito para adherirse a ella, que los estados deben ser miembros de la Convención Universal sobre el Derecho de Autor o del Convenio de Berna, y para la resolución de conflictos arguye que, si una controversia no fuese resuelta por vía de negociación, será sometida a la Corte Internacional de Justicia, a menos que los estados convengan otro modo de solución. Lo primero tenía como sustento trabajar en conjunto con el Convenio de Berna y la Convención Universal en defensa de los derechos de autor y los derechos conexos y, para ello, era necesario que los estados contratantes de la Convención de Roma formaran también parte de alguno de los dos estatutos nombrados. Ecuador que, como ya mencionamos, entró a formar parte de la Convención de Roma en 1963, en ese año ya formaba parte de la Convención Universal, por lo que cumplía con este requisito para la adhesión. Lo segundo consideramos lo más acertado y lógico y, además, mantiene el mismo planteamiento que en el tema de las controversias tienen también el Convenio de Berna y la Convención Universal.

2.2.4. La Convención de Roma y su injerencia en la norma interna de 1976 y las leyes interna y comunitaria actuales

La Convención de Roma de 1961 contenía disposiciones que en aquel tiempo no entraban aún en boga en las leyes sobre esta materia. En esta medida, ha tenido cierta injerencia en las legislaciones nacionales sobre derechos de autor y derechos conexos, de tal suerte que se considera que esta Convención tiene un carácter de normativa.

Para el caso materia de este punto, su influencia se hace ostensible, sobre todo en la ley interna en vigencia y en la comunitaria, a tal punto que la Convención es una de las fuentes primordiales de las disposiciones que sobre los derechos conexos existen en los aludidos estatutos. El capítulo que la ley de 1976 destina a los derechos conexos, como lo analizaremos en su momento oportuno, tiene un carácter limitado que deja entrever que

no hubo mayor preocupación en aquella época por asumir los compromisos que suponían para el país haber ratificado esta Convención.

Sin embargo, pensamos útil recordar que la Convención, aunque acuerda obligaciones para el ‘Estado Contratante’, también prevé algunas reservas que, en cualquier momento, los países pueden hacer uso de ellas. En efecto, las exigencias que consagra giran en torno principalmente acerca de disposiciones concretas sobre el principio del trato nacional (artículos 4, 5 y 6) y del tiempo de duración de la protección de derechos, no inferior a 20 años (artículo 14). Como tiempo mínimo de duración de la protección, nuestra ley interna actual establece 70 años; la comunitaria, 50 años e inclusive la ley de 1976 estipulaba 25, por lo que los tres estatutos cumplen a cabalidad con esta exigencia.

En suma, la Convención de Roma, al igual que el Convenio de Berna, pone de manifiesto que, al incluir las reservas aludidas en puntos que podrían generar controversia en los estados contratantes, ocasionó, como ya afirmamos, que su aplicación no sea uniforme.

2.3. Comentarios acerca del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor de 1996

En procura de desarrollar la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas de manera uniforme y tomando como sustento los hechos de clarificar ciertas normas para coadyuvar con soluciones a interrogantes que han surgido por los nuevos giros económicos, culturales y tecnológicos y por la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) expidió en 1996 un Tratado sobre Derechos de Autor.

Los temas principales que se vinculan con los derechos de autor que plantea este Tratado son los siguientes:

2.3.1. Relación con el Convenio de Berna, ámbito de protección, programas de ordenador y bases de datos

Este Tratado mantiene, en primer término, que no tendrá ningún vínculo con otros tratados que no sea el Convenio de Berna ni tampoco perjudicará ningún derecho u obligación en virtud de otro tratado. En este sentido, establece que el derecho de reproducción, como lo concibe el artículo 9 del Convenio de Berna, es aplicable en el entorno digital. El artículo aludido del Convenio de Berna dice que el autor de la obra en forma digital gozará del derecho exclusivo de autorizar su reproducción bajo cualquier procedimiento.

En cuanto al ámbito de la protección del derecho de autor, estipula que éste abarcará las expresiones pero no las ideas, métodos de operación o conceptos matemáticos; en lo demás, aclara que se sujetará a las disposiciones contenidas en el Convenio de Berna respecto de la protección.

La protección que concede a los programas de ordenador y a las bases de datos (que no sean datos o materiales en sí mismos) también se regirán por lo establecido en el artículo 2 del Convenio de Berna, artículo que enumera la serie de obras literarias y artísticas a las cuales concede protección.

De lo establecido por estos temas, resulta inobjetable: a) que muchas de las disposiciones contenidas en el presente Tratado remiten a lo prescrito por el Convenio de Berna, por lo que éste pasa a formar fuente sustancial para entender la aplicación y el alcance de su normatividad; y, b) que una de las principales preocupaciones de este

instrumento jurídico gira en torno de la incidencia que sobre derechos de autor han generado los avances tecnológicos por los que atraviesa la humanidad hoy en día.

2.3.2. Derechos

El Tratado establece tres tipos de derechos para los autores de obras protegibles:

1. Derecho de distribución: los autores de obras literarias y artísticas tienen el derecho de autorizar la distribución del original y de los ejemplares de sus obras al público, por medio de la venta u otro tipo de transferencia de propiedad.
2. Derecho de alquiler: los autores de programas de ordenador, obras cinematográficas y obras incorporadas en fonogramas tendrán el derecho de autorizar el alquiler comercial al público del original o ejemplares de sus obras.
3. Derecho de comunicación al público: los autores de obras literarias y artísticas tienen el derecho de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios ‘alámbricos e inalámbricos’.

Nótese que los tres derechos conferidos a los autores por este estatuto son de carácter patrimonial y, por ende, cada uno de éstos lleva explícito un carácter pecuniario que debería ir en beneficio del autor. Sin embargo, como último beneficiario de los valores económicos generados por estos derechos aparece, en muchas ocasiones, el empresario, quien por su poderío económico puede, por ejemplo, obtener a un bajo costo el derecho de distribución de una obra, a través de una transferencia de propiedad y, al ponerla a disposición del público, ganar altos dividendos.

2.3.3. Limitaciones y excepciones, obligaciones relativas a las medidas tecnológicas y a la información sobre la gestión de derechos

El Tratado manifiesta que las Partes Contratantes podrán prever, en sus normas internas, limitaciones y excepciones a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas y, al aplicar el Convenio de Berna, restringirlas siempre y cuando no atenten a la explotación normal de la obra ni perjudiquen intereses del autor.

En lo que se refiere a las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas, el Tratado dispone que las Partes Contratantes proporcionen protección jurídica contra la acción de eludir medidas tecnológicas que sean utilizadas por los autores, en relación con el ejercicio de sus derechos.

En lo concerniente a las obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos (información que identifica a la obra, a su autor, al titular de derechos, cuando cualquiera de estos elementos estén adjuntos a un ejemplar de una obra), el Tratado dice que las Partes Contratantes concederán recursos jurídicos contra cualquier persona que induzca u oculte una infracción de cualquiera de los derechos contenidos en este contrato o en el Convenio de Berna, en los siguientes casos: a) Suprima o altere sin autorización alguna información electrónica sobre la gestión de derechos; y, b) Distribuya o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida sin autorización.

De los tres temas señalados, se puede deducir sin dificultad: a) que el Tratado toma en cuenta a la legislación interna de los países contratantes, pero con directrices y fines específicos; y, b) que continúa en su afán por adoptar medidas proteccionistas que tengan que ver con el desarrollo tecnológico; y, c) que sobre todo el tema de la

información sobre la gestión de derechos, a la par que constituye una innovación en materia de derechos de autor, pretende combatir la piratería.

2.3.4. Aplicación en el tiempo y disposiciones sobre la observancia de los derechos

En cuanto a la aplicación en el tiempo, el Tratado prevé que las Partes Contratantes se regirán al artículo 18 del Convenio de Berna, cuya regla general dice que dicho Convenio se aplicará a todas las obras que, en el momento de su entrada en vigor, no hayan pasado al dominio público en el país de origen, por expiración de los plazos de protección. Al ser 50 años después de la muerte del autor el término general previsto por el Convenio de Berna para la expiración de los plazos de protección, resulta claro que al Tratado no solo le interesaban, para que entren dentro de su aplicación, las obras creadas con posterioridad a su expedición, sino también la inmensa cantidad de obras ya existentes provenientes de los países miembros, que no cumplían aún con el término señalado por el Convenio.

Para las disposiciones sobre la observancia de los derechos, el Tratado estipula que las Partes Contratantes deben adoptar medidas jurídicas adecuadas para la aplicación no solo de este Tratado, sino también para contrarrestar cualquier acción que infrinja los derechos que contiene. Por consiguiente, el Tratado busca que sus principios y postulados sean realmente aplicados en los países contratantes y que no se constituyan en meros enunciados teóricos.

En esencia, es fácil advertir que el tema de fondo de este instrumento jurídico internacional versa sobre aspectos relacionados con el desarrollo tecnológico por el que atravesamos y su repercusión en materia de derechos de autor. Observamos así que el entorno digital que se traduce, por ejemplo, en el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, en los programas de ordenador y en las bases

de datos, son tomados en cuenta como expresión fiel de que las disposiciones de este Tratado pretenden zanzar brechas, precisamente, con el desarrollo tecnológico.

2.3.5. El Tratado de la OMPI y su influencia en las normas interna actual y comunitaria

El presente Tratado que data de 1996 entró dentro del ordenamiento jurídico interno de Ecuador en el año 2002 (Registro Oficial N° 711 de 25 de noviembre de 2002), esto es, con posterioridad de la entrada en vigencia de las normas interna actual y de la comunitaria (por ello no cabe comentar ninguna relación con la ley de 1976). En tal virtud, este instrumento internacional más bien ha generado que en las leyes interna actual y en la comunitaria se amplíen, en unos casos, y se especifiquen, en otros, ciertas disposiciones que tienen que ver, principalmente, con los temas vinculados con los programas de ordenador y con las bases de datos. A pesar de lo anotado y tomando en cuenta que buena parte de los preceptos del Tratado remiten al Convenio de Berna y que, además, como ya lo revisaremos en los siguientes puntos de este trabajo, tanto la norma interna sobre derechos de autor en vigencia como la Decisión 351 abarcan, precisamente, temas que tienen relación con los programas de ordenador y las bases de datos, advertimos que existe armonía entre estos tres estatutos en mención.

2.4. Breves consideraciones acerca del ADPIC y los derechos de autor

El Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), en inglés, Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIP'S) fue aprobado durante la Ronda Uruguay del GATT (Acuerdo General sobre Tarifas Aduaneras y Comercio) el 15 de diciembre de 1993 y consignado en el “Acta final en que se incorporaron los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales”, suscrita en Marruecos el 15 de abril de 1994.

En efecto, bajo la premisa de que la existencia de ejemplares ‘piratas’ en el mercado obstruyen la comercialización de productos legítimos, expertos en propiedad intelectual estimaron pertinente la inclusión de la propiedad intelectual en el GATT, desde 1995 denominado Organización Mundial del Comercio (OMC), en inglés, World Trade Organization (WTO).

El ADPIC constituye el Anexo 1C del Protocolo de Adhesión a la Organización Mundial del Comercio (OMC) y está dividida en 7 partes, que abarcan todas las categorías de la propiedad intelectual. Sin embargo, para los fines de este trabajo investigativo, nuestras consideraciones se ceñirán exclusivamente a la Sección 1 de la Parte II, relativa al derecho de autor y derechos conexos, en la cual, desmenuzando su articulado, encontramos los siguientes aspectos:

1. Artículo 9: Relación del Acuerdo con el Convenio de Berna. Al respecto dispone dos puntos básicos: a) Que los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (disposiciones que corresponden a los principios básicos y a las condiciones mínimas de protección) y también su Anexo (normas que permiten a los países en ‘vías de desarrollo’ apartarse de las condiciones mínimas de protección en lo que tiene que ver con los derechos de traducción y de reproducción); y, b) Que los Miembros no tendrán derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos en el artículo 6 bis del Convenio de Berna ni respecto de los derechos que se deriven del mismo. Esto implica que el Acuerdo no reconoce los derechos morales de la integridad y paternidad de la obra. En relación con esta última disposición del Acuerdo, existen criterios dispares en el sentido de que hay tratadistas que la interpretan como una merma de derechos a los autores que ya estaban establecidos en el Convenio de Berna y otros que piensan lo

contrario.⁴⁹ De cualquier manera, se pone de manifiesto que este estatuto maneja la tendencia de abolir a los derechos morales, lo que consideramos que va en desmedro de los derechos de los autores y más bien favorece a los empresarios en general, a quienes, mientras menos derechos autorales tengan que respetar, se les facilita comercializar de forma más libre las obras de creación de los autores. Además, resulta contradictorio sostener, por un lado, que sus miembros observen los artículos 1 al 21 del Convenio de Berna y su Anexo y, por otro, que no tendrán derechos y obligaciones en relación con los derechos establecidos por el artículo 6 bis del mismo Convenio. ¿Será que la pretensión de los legisladores del ADPIC fue la de que esta última disposición pase prácticamente inadvertida y no se constituya en un obstáculo para la adhesión de los países miembros?

De su lado, el artículo 9.2 prevé el principio del derecho de autor relativo a que la protección gira en torno únicamente de la expresión de las ideas, más no a las ideas mismas. Esta norma guarda concordancia con lo dispuesto sobre este mismo punto por el Tratado de la OMPI, lo que evidencia que, bajo la premisa de que las ideas no pueden concebirse como obras, por ser de dominio público y por tanto universales; en la actualidad se procura ser más específico en lo que tiene que ver con el ámbito de la protección en derechos de autor. Lo afirmado guarda coherencia porque argumentar que una ley de propiedad intelectual proteja las ideas implicaría que su ámbito de aplicación no sólo que es demasiado extenso sino que sería prácticamente imposible ubicar todas las ideas que tiene el ser humano y pretender que son objeto de protección jurídica.

⁴⁹ “En nada se rebajan los niveles de Berna. La posibilidad de inobservancia de los derechos morales solo se encuentra vinculada a los efectos de este Acuerdo. Ningún país Miembro de Berna podrá incumplir sus obligaciones respecto de los derechos morales con otro País Miembro de Berna, pero no podrá pedirse la sanción TRIP’S por una inobservancia del derecho moral”. Carlos Alberto Villalba, “Los derechos de autor en el GATT”, en *DAT*, año IV, N° 45, mayo de 1992, p. 20.

2. Artículo 10: Protección a los programas de ordenador y a las compilaciones de datos o de otros materiales. En cuanto al primero, prevé que el programa de computador, incluyendo su programa fuente y su programa objeto, es protegido como obra literaria en virtud del Convenio de Berna. En cuanto a la segunda, establece que son objeto de protección siempre que constituyan creaciones intelectuales, empero, advierte que esta protección no comprende los datos materiales en sí mismos, sin perjuicio de los derechos de autor que pudieren subsistir en estos datos o materiales. Visto de otro modo, lo que se protege en una compilación de datos es la particular selección y disposición de materiales, pero no los datos que sirven para la elaboración de la obra.

Al alinearse el ADPIC –al igual que el Tratado de la OMPI– dentro de las concepciones modernas del derecho de autor, era por demás obvio que prevea reglas que tengan que ver con los nuevos elementos de la materia en estudio que han surgido por el desarrollo tecnológico por el que atraviesa la humanidad y que, además, están implicando un fuerte movimiento económico a nivel internacional.

3. Artículo 11: Derecho de arrendamiento o derecho a la remuneración por utilización secundaria. Significa que el presente Acuerdo reconoce el derecho de alquiler comercial al público de los originales o de copias de producciones cinematográficas y de programas de computación. Al respecto, nosotros mantenemos que la remuneración que está explícita en este derecho no debe ser muy onerosa, y se la debe fijar tomando como base el equilibrio que debe existir entre autor, empresario y usuario, pues de lo contrario podría ir en contra de los derechos de estos últimos, que son los destinatarios finales de los originales o copias de los filmes y de los programas de computación.

4. Artículo 12: Duración de la protección. El término de protección será la vida del autor y 50 años más. En lo relativo a las obras en donde no se tome en consideración la vida del

autor, el plazo de protección será de no menos de 50, años contados desde el final del año civil de la publicación autorizada o, a falta de tal publicación autorizada, también será de 50 años contados a partir del final del año civil de la realización de la obra. Lo anotado permite deducir que los instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos de autor, expedidos en la última década del siglo XX, promueven una armonización de normas dirigidas a este tema.

5. Artículo 13: Limitaciones y excepciones. Serán los Miembros quienes ‘circunscribirán’ las limitaciones y excepciones al derecho de autor, siempre que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. El hecho de que este estatuto establezca ciertas condiciones, cuando remite a la legislación nacional de los países miembros, nos puede llevar a colegir que sí procura trabajar en conjunto con dicha normatividad, pero sin dejar de lado la posibilidad de reformar las leyes internas de los estados adherentes para que estas últimas se acoplen al ADPIC.

6. Artículo 14: Protección a los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión. Al respecto señala lo siguiente: a) Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen la facultad de impedir la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones, realizadas sin su autorización, la reproducción de sus fijaciones, la difusión por medios inalámbricos y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones en directo; b) Los productores de fonogramas tienen el derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas; c) Los organismos de radiodifusión tienen la facultad de impedir: la fijación, la reproducción de las fijaciones y la radiodifusión, por medios inalámbricos de las emisiones, así como la comunicación al público de las emisiones de televisión; d) Además, el Acuerdo prevé el derecho a una

remuneración equitativa a favor del productor de fonogramas y de todos los demás titulares de derechos comprendidos en un fonograma por su utilización secundaria; e) Duración. Para los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas el término de la protección no podrá ser inferior a 50 años, contado a partir del final del año civil en que se haya realizado la fijación o haya tenido lugar la interpretación o ejecución. En cambio, para los organismos de radiodifusión la duración no podrá ser inferior a 20 años, contada a partir del final del año civil en que haya tenido lugar la radiodifusión; y, f) Limitaciones y excepciones. Los Miembros podrán establecer condiciones, limitaciones, excepciones y reservas a los derechos conexos en la medida permitida por la Convención de Roma. Pero, el Acuerdo determina que las disposiciones del artículo 18 del Convenio de Berna también se aplicarán, ‘mutatis mutandis’, a los derechos que sobre los fonogramas corresponden a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas.

De esta manera, vemos que una de las principales preocupaciones del ADPIC están vinculadas con los derechos conexos. En efecto, este instrumento jurídico ha adoptado normas tendientes a regularizar estos derechos, sobre todo, por la importancia que van cobrando como consecuencia del desarrollo tecnológico y también por el enorme potencial económico que están generando estas actividades.

Por lo demás, consideramos que la sección 8 de esta misma Parte II del Acuerdo, relativa a las licencias contractuales, tienen que ver con en el derecho de autor y los derechos conexos, pues las licencias constituyen el medio jurídico por el que se negocian a nivel internacional los mencionados derechos.

En definitiva, a diferencia de varios instrumentos internacionales, el Acuerdo no elabora una lista de las obras objeto de protección. Además, no exige a los países

miembros pertenecer o no al Convenio de Berna. Por último, estimamos conveniente exponer que el artículo 61 del Acuerdo prevé la represión penal en materia de propiedad intelectual, constituyéndose en la primera ocasión que un tratado multilateral contiene una disposición de esta naturaleza, lo que conlleva a afirmar que este Acuerdo pretende, sin duda alguna, el endurecimiento de los sistemas jurídicos de propiedad intelectual a nivel mundial.

2.4.1. El ADPIC y los derechos de autor y su relación con las normas interna y comunitaria actualmente en vigencia

El ADPIC se incorporó al ordenamiento jurídico interno de Ecuador en 1996 (Registro Oficial N° 977-S de 28 de junio de 1996) y observando que el fundamento de su creación fue el de regular las relaciones comerciales devenidas de la propiedad intelectual a nivel internacional, no tenía mayor sentido que, al admitir reservas en su contenido, la aplicación en sus países miembros no fuera uniforme. Por consiguiente, a diferencia de otros tratados o convenios multilaterales, el ADPIC, según su artículo 72, no admite reservas sin el consentimiento de los demás ‘Miembros’ y además, al ser parte de la OMC, ha supuesto que este Acuerdo opere en todo el mundo.

Así mismo, como se pronuncian algunos entendidos, si en esencia el ADPIC en lo relativo a los derechos de autor integra mejoras en cuanto a niveles y ámbitos de protección (sobre todo en lo que se refiere a las bases de datos, programas de ordenador y derechos conexos), incluyendo un lado trascendental relativo a la observancia –más que exigencias– para cubrir el interés comercial de los derechos protegidos,⁵⁰ advertimos sin dificultad que no existe contraposición en sus disposiciones y más bien existen líneas de coherencia con las normas interna y comunitaria sobre derechos de autor actualmente en

vigencia. De tal suerte que estas dos leyes cumplen a cabalidad con el objetivo del ADPIC, en lo referente a los derechos de autor, que se vincula con el hecho de que pretende coherencia y aplicación uniforme en este tema (en relación con la ley de 1976 no hay nada que comentar, pues como ya afirmamos, fue luego de 20 años de entrada en vigencia esa ley –1996– que Ecuador se suscribió al ADPIC). No en vano Xavier Gómez Izquierdo, en su tesis de maestría titulada *La patente de invención como posición de dominio en el mercado y su ejercicio abusivo mediante la negativa a conceder licencias obligatorias*, señala que en Ecuador existe una legislación de propiedad intelectual acoplada plenamente al ADPIC.⁵¹

En procura de expresar mi criterio alrededor de los puntos más significativos de los distintos tratados y convenciones, habría que comentar que la Convención Universal difiere del Convenio de Berna, sobre todo porque no aplica reservas. De esta manera, creando unos requisitos de protección bajos, viabiliza una aplicación uniforme para los estados miembros y en este sentido cumple con uno de sus objetivos que fue el de armonizar las legislaciones existentes sobre derechos de autor. El Convenio de Berna, por su parte, sin desconocer que sus múltiples reformas han generado que esté acorde con el proceso histórico mundial, sigue manteniendo una serie de reservas, lo que no garantiza una aplicación uniforme en sus estados miembros.

Las innovaciones de mayor trascendencia de la Convención de Washington y que influyeron en buena parte de legislaciones internas sobre derechos de autor en América

⁵⁰ José F. Poblano, *El acuerdo sobre propiedad intelectual del GATT: lecciones para el futuro*, México, s/e, 1994, p. 10.

⁵¹ Xavier Gómez Izquierdo, *La patente de invención como posición de dominio en el mercado y su ejercicio abusivo mediante la negativa a conceder licencias obligatorias*, tesis de maestría previa a la obtención del título de magíster en Derecho Económico por la UASB, 2001, p. 18.

Latina, se circunscriben a que por primera vez, se tomó en cuenta la expresión: “derechos de autor” y se dejó de considerar como inalienables a los derechos morales en el caso de cesión o renuncia del autor al derecho moral que tiene que ver con la integridad de la obra.

La principal importancia de la Convención de Roma de 1961, es su carácter normativo. Efectivamente, como los derechos conexos, constituían un tema apenas difundido en el mundo, este instrumento internacional tuvo una notable ingerencia en las legislaciones internas. Su influencia se pone de manifiesto, sobre todo en la ley interna en vigencia y en la comunitaria, constituyéndose una de las fuentes primordiales de las disposiciones que sobre derechos conexos existen en estas leyes.

El tema en el que más ponen atención tanto el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor y el ADPIC, en lo relacionado con esta misma materia, lo constituyen aspectos relacionados con el desarrollo tecnológico por el que atraviesa en el presente la humanidad y su repercusión en derechos de autor y que además están implicando un movimiento económico a gran escala mundial. Vemos así que, normas relacionadas con los programas de ordenador y con las bases de datos, son considerados como una constante de que las disposiciones de estos tratados buscan establecer vínculos directos con el avance tecnológico.

Para finalizar con el análisis de los instrumentos internacionales sobre derechos de autor que hemos acogido en nuestra investigación, pensamos oportuno mencionar que, en términos generales, los preceptos proteccionistas contenidos en el Convenio de Berna, en la Convención Universal, en la Convención de Washington y en la Convención de Roma, con distintos matices y alcances, se inclinan ligeramente hacia el lado del autor, artista intérprete o ejecutante, productor de fonogramas y organismos de radiodifusión, según

sea el caso, antes que al usuario o empresario. Por el contrario, en las normas proteccionistas contenidas tanto en el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor como en el ADPIC, en lo relativo a esta misma materia, al ser acuerdos internacionales nuevos y como tales con tendencia eminentemente comercial, la balanza se inclina hacia el lado del empresario.

CAPÍTULO III: LA LEY DE DERECHOS DE AUTOR DE 1976 Y LAS LEYES INTERNA Y COMUNITARIA VIGENTES

3.1. Apuntes previos sobre la ley de 1976 y las actuales normas interna y comunitaria

En un primer momento, creemos de suma utilidad dejar puntualizado que, a nuestro entender, la esencia de la legislación de derechos de autor debe ser el hecho de generar un verdadero equilibrio entre los intereses del creador, del empresario y del usuario. Sin embargo, como expondremos con sustento más adelante, muchas veces han primado los intereses económicos de las grandes empresas transnacionales y de los países poderosos que gobiernan el ámbito internacional y ejercen presión sobre los países pequeños para imponer cierto tipo de normas en las legislaciones nacionales e internacionales, bajo el criterio de que buscan proteger a los creadores. Es, precisamente, sobre este parámetro y sobre aspectos históricos, políticos y sociales, que serán comparadas la Ley de Derecho de Autor de 1976, en relación con las normas interna y comunitaria actualmente en vigencia.

Como datos preliminares, debemos afirmar que la Ley de Derechos de Autor de 1976 fue publicada en el Registro Oficial N° 149 de 13 de agosto de 1976, derogó la Ley de Propiedad Intelectual codificada por la Comisión Legislativa el 25 de noviembre de 1959 y promulgada en el Suplemento del Registro Oficial N° 1202 de 20 de agosto de 1960.

La referida ley fue expedida, mientras las principales preocupaciones del mundo estaban volcadas a la tensión de una posible tercera conflagración mundial, producto de la denominada ‘guerra fría’, que fue como se conoció a la pugna existente entre las dos superpotencias de ese entonces Estados Unidos y la ex URSS. En Ecuador vivíamos en

pleno *boom* petrolero y gobernaba un triunvirato militar, presidido por el vicealmirante Alfredo Poveda. En esas circunstancias, la pretensión de la dictadura de ese entonces, al codificar a la Ley de Derechos de Autor en un cuerpo separado, fue la de viabilizar un camino más accesible en el manejo tutelar de los derechos de autor.

En términos globales, esta ley se caracterizó por tener un carácter proteccionista dirigido especialmente a la defensa del autor antes que al empresario y también por seguir los lineamientos monistas del derecho de autor, como consta en una resolución dictada por la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI), que señala que la norma de 1976, al no admitir sino la concesión de derechos de utilización o autorización de uso de las obras y no la cesión de éstas, ponía de manifiesto que se alineaba dentro del modelo monista de esta materia.⁵²

Sin embargo, su carácter tutelar balanceado hacia el lado del autor, todavía acorde con el proceso histórico-jurídico que aún se vivía en los años 70 en esta materia, no se concretó con la fuerza que creemos se debió presentar en la práctica jurídica de Ecuador, sobre todo por el desconocimiento total y la falta de importancia que le dieron abogados, jueces y gente vinculada con el derecho en general. Vivíamos en un ambiente lleno de precariedad en materia de derechos de autor. Para ver con detalle cada uno de los temas que aborda la ley de 1976 remitirse al Anexo 8.

De otro lado, también es preciso dejar puntualizado que el Derecho Comunitario está inserto dentro de las formas modernas de integración económica que prevalecen en

⁵² Resolución dictada por la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos del IEPI, en la Acción de Tutela Administrativa que siguió Dayuma Guayasamín Deperón y otras en contra de la Compañía Talleres Guayasamín.

el mundo contemporáneo. Ecuador, como miembro de la Comunidad Andina, está sometido a las Decisiones que emanan de los órganos legislativos de este acuerdo subregional que, a nuestro criterio, tiene la virtud de dar un tratamiento común a problemas tan complejos como los que, por ejemplo, acarrear la propiedad intelectual, por lo que las regulaciones andinas en esta materia se han ido convirtiendo en pautas para presionar el desarrollo nacional de normas que permitan a los estados andinos llevar adelante adecuadas políticas en esta materia. En el campo específico del derecho de autor, la norma andina que regula este tema y que, por lo mismo, será parte de nuestro examen comparativo, constituye la Decisión 351 que la Comisión del Acuerdo de Cartagena expidió el 17 de diciembre de 1993, y con ello dispuso para los países andinos un régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos.

El tratadista colombiano Manuel Pachón nos recuerda que, el Derecho Comunitario Andino se caracteriza por ser autónomo; por tener efecto coercitivo; por integrarse a los ordenamientos jurídicos nacionales, en donde sus efectos son directos; por prevalecer sobre el derecho de los estados miembros; por representar un derecho único para toda la comunidad, y por ser de aplicación uniforme.⁵³

Ahondando en lo descrito en párrafos anteriores, anotamos que el orden jurídico andino es de naturaleza supranacional, por lo que se distingue de los derechos nacionales, de los que forma parte integrante. Esta supranacionalidad se traduce en la autonomía de gestión que crean los estados que se integran y se traduce en la aplicabilidad directa y en la preeminencia. La aplicabilidad directa gira en torno a que las decisiones serán aplicadas directamente en los países miembros, a partir de la fecha de su publicación en

⁵³ Manuel Pachón, *Propiedad Industrial y Derecho Comunitario Andino*, Bogotá, Ediciones Legales, 1990, p. 40.

la Gaceta Oficial del Acuerdo, y más bien obliga a los poderes de los estados sin distinción en todo su territorio, sin limitación de ningún orden; de esta manera, el ciudadano adquiere obligaciones y derechos, cuyo cumplimiento puede exigir a nivel de tribunales nacionales y también ante instancias administrativas y judiciales comunitarias. En lo que concierne a la preeminencia, el Tribunal Andino en sentencia del proceso 3-AI-96 estableció que el derecho comunitario prevalece sobre una norma de derecho interno que se le oponga. Así, de presentarse conflicto entre disposiciones de derecho interno y comunitario, primarán estas últimas y además los países miembros no podrán alegar normas de su derecho interno para dejar de cumplir las obligaciones adquiridas en razón de su integración. Esto no impide que cada país miembro pueda reglamentar de acuerdo a sus necesidades la normativa comunitaria y de la cual el Estado es un ente activo.

De su parte, la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador fue publicada en el Registro Oficial N° 320 de 19 de mayo de 1998, bajo el pensamiento de que estaban difuminadas varias leyes concernientes a esta materia (Ley de Derechos de Autor, Ley de Marcas de Fábrica y Ley de Patentes de Exclusiva Explotación de Inventos, todas promulgadas en 1976) y sobre la idea de la modernización del Estado en general, para tratar de solventar en algo el desfase histórico, político, social, cultural y tecnológico de nuestro país, sobre todo, en relación con los estados industrializados. Sin dudar que lo señalado fue lo que motivó al legislador ecuatoriano para expedir esta ley, estimamos pertinente afirmar que existió también presión por parte de grupos económicos de gran envergadura, con vínculos en el comercio con países y empresas poderosos, para que dicha ley se concrete. Así lo confirma en una entrevista concedida para la presente tesis el Dr. Marco Navas, quien ejercía las funciones de asesor parlamentario, en la época en la que fue expedida la ley en referencia (Ver Anexo 4) y también declaraciones difundidas, a través de una página de Internet, del presidente de la Business Software Allianceen

(B.S.A.) que, entre otras cosas, deja entrever que la entrada en vigencia de la Ley de Propiedad Intelectual de 1998 convenía a los intereses de la compañía a la que representaba.⁵⁴ En efecto, si la Ley de Derechos de Autor de 1976 tuvo un carácter tutelar dirigida más bien hacia el autor, la ley interna en vigencia se encaminó hacia la protección de los derechos del empresario. Conforme avancemos en la exposición de este punto, iremos desentrañando más sustentos a esta afirmación.

3.2. Estudio comparativo entre la Ley de Derechos de Autor de 1976 y las normas interna y comunitaria en vigencia

Adentrándonos en el objetivo básico de este trabajo de investigación, esto es, la elaboración de un análisis comparativo entre la Ley de Derechos de Autor de 1976 y las normas interna y comunitaria en vigencia, hemos previsto precisar los siguientes temas:

3.2.1 Ámbito de protección

En primer lugar, en lo concerniente con el ámbito de su protección, tanto la norma comunitaria como la norma interna vigente, desde sus primeros artículos, mencionan no solo a las obras de los autores, sino también a las interpretaciones, ejecuciones y emisiones radiofónicas –cosa que no ocurría en la Ley de 1976–, otorgando a estas manifestaciones artísticas más relevancia de la que poseían. Además, la norma ecuatoriana actual amplía el sentido de territorialidad, tan delineado en la Ley de 1976, al incorporar que su protección abarcará en lo señalado, sin importar el país de origen de la obra, la nacionalidad o el domicilio del autor o titular. La Decisión 351, mientras tanto, dada su condición de norma comunitaria, establece el principio del trato nacional, por el que los países miembros concederán a los nacionales de otro país la misma protección que la reconocida a sus propios nacionales en esta materia. Así mismo, las dos normas en

⁵⁴ www.zator.com

vigencia también contienen varios vocablos con sus definiciones, los cuales son de uso común en los discursos jurídicos sobre derecho de autor y que tienen un vínculo cercano con el sentido propedéutico de esta época.

3.2.2. Ausencia de formalidades

Las normas comunitaria e interna vigentes concuerdan con la Ley de 1976, cuando establecen el principio de la protección inmediata, esto es, la no exigencia para el reconocimiento de los derechos de autor de ningún tipo de registro ni del cumplimiento de ninguna formalidad. El registro es por consiguiente no constitutivo de derechos. En este tema hay que afirmar que nuestra norma interna vigente, seguramente con la idea de modernizar el Estado y para evitar conflictos legales engorrosos y porque crea –como veremos posteriormente– el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI)–, no menciona en ninguna parte de su contenido al Registro Nacional de los Derechos de Autor, por lo que, de forma tácita, elimina a este organismo que fue creado por la Ley de 1976. En cuanto a la propiedad material de la obra, la Decisión 351 y la norma interna en vigencia, al igual que la anterior, sostienen que el derecho de autor es independiente a ella.

3.2.3. Objeto del derecho de autor

En lo que tiene relación con el objeto del derecho de autor, de una simple lectura de la norma comunitaria y de la norma interna vigente, se vislumbra que sus listados son mucho más pormenorizados y amplios que la lista de la anterior. En efecto, la norma interna actual deja en claro que el ámbito de protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el campo literario o artístico, y la Decisión 351 que su protección va dirigida hacia las obras literarias, artísticas y científicas. Lo que añaden en relación a la Ley de 1976 gira en torno a las obras cinematográficas y audiovisuales;

ilustraciones, gráficos y mapas relativos a la geografía, topografía y ciencia en general; obras fotográficas, obras de arte aplicadas y programas de ordenador. También la lista de las obras plásticas y arquitectónicas se alimenta de más alternativas y, al hablar de las adaptaciones, traducciones y cualquier otra transformación de una obra, no contienen la mención acerca del carácter de personal y de originalidad que exigía para su protección la Ley de 1976 y más bien se les otorga protección bajo el concepto de obras derivadas.

En lo que se refiere a las obras de arte aplicada, conviene mencionar que la fórmula elegida por el legislador nacional para abordar esta clase de obras, excede a aquella utilizada por el legislador comunitario andino, que en el Art. 4, literal j de la Decisión 351, señala, entre las obras protegidas, simplemente a “Las obras de arte aplicada”, mientras que, el Art. 8, literal j) de la ley interna en vigencia dice: “Las obras de arte aplicada, aunque su valor artístico no pueda ser dissociado del carácter industrial de los objetos a los cuales estén incorporadas”. La alusión al vínculo entre el valor artístico y la aplicación industrial, añadido en nuestra legislación, a juicio de la ya mencionada resolución dictada por la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos del IEPI, es totalmente innecesaria.⁵⁵

3.2.4. Objetos no protegibles

En el otro extremo, esto es, en lo que se refiere a los objetos que no entran en la protección, la norma comunitaria y la norma interna vigente cuentan con objetos de no protección más reducidos en relación con la Ley de Derechos de Autor de 1976, de tal suerte que el artículo 10 de la norma ecuatoriana actual cita como objetos no protegibles, por un lado, a las ideas contenidas en las obras, los procedimientos, los métodos de

⁵⁵ Resolución dictada por la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos del IEPI, ibídem.

operación o conceptos matemáticos y los sistemas ideológicos o técnicos de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial y, por otro, las disposiciones legales, a las resoluciones judiciales y a los actos de los organismos oficiales. La Decisión 351, por su parte, no protege las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, el contenido ideológico o técnico de las obras científicas ni su aprovechamiento industrial o comercial.

3.2.5. Titulares de los derechos de autor

En el tema de los titulares del derecho de autor, hay que anotar que la norma interna actualmente en vigencia añade en relación con la Ley de 1976, entre las más importantes, cuatro circunstancias: a) El derecho del autor no forma parte de la sociedad conyugal, salvo los beneficios económicos derivados de la explotación de la obra; b) En la relación de dependencia laboral, la titularidad de las obras creadas, salvo pacto en contrario, corresponderá al empleador; c) En las obras creadas por encargo, la titularidad corresponderá al comitente de manera no exclusiva; y, d) En la obra anónima, el editor será el representante del autor y ejercerá sus derechos morales y patrimoniales hasta que el autor revele su identidad.

En este mismo tema, la norma comunitaria admite la posibilidad de que una persona natural o jurídica, distinta del autor, pueda ostentar la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra y para su regulación faculta a las legislaciones internas de los países miembros (nuestra legislación en vigencia prevé como mecanismos para que un tercero ostente la titularidad de los derechos patrimoniales la transmisión por causa de muerte y la cesión). En este sentido, cabe anotar que doctrinariamente se han establecido diferencias entre autor y titular, pues este último no puede ejercer ningún tipo de derecho sobre una obra si el autor de la misma no se lo ha concedido de manera expresa. Así, el

autor goza de manera exclusiva de la utilización de la obra; empero por la vía contractual puede autorizar a terceros los derechos que integran lo que se ha llamado “utilización de la obra”. Sin esta autorización, un tercero se encuentra imposibilitado –salvo las limitaciones que son determinadas en los regímenes jurídicos nacionales e internacionales– de arrogarse los derechos ostentados por el autor.

3.2.6. Derechos morales

En cuanto a los derechos morales, las dos normas en vigencia incorporan a éstos, en relación con la Ley de 1976, el carácter de inembargables. La Decisión 351 consagra tres facultades morales: a) Conservar la obra inédita o divulgada; b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y, c) El derecho a la integridad de la creación.

Sin embargo, deja en libertad a los estados miembros de la Comunidad Andina el hecho de reconocer otros derechos de orden moral. En ese sentido, nuestra Ley actual incorpora como derechos morales a los que ya describía la Ley de 1976 y a los citados por la norma comunitaria, el de acceder al ejemplar único de la obra que se encuentre en posesión de un tercero y anota que la violación de cualquier derecho mencionado dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. De la misma manera, cabe mencionar que la norma interna vigente elimina dos derechos morales que contemplaba la Ley de 1976: publicar, modificar y terminar su propia obra o autorizar a terceros para hacerlo y a retirar su obra de poder del empresario aun después de haber autorizado su uso.

Para el caso de muerte del autor, la norma interna actual establece, al igual que la Ley de 1976, que los derechos morales corresponderán, sin límite de tiempo a los causahabientes (la anterior hablaba de herederos legítimos), pero agrega que, para mantener la obra inédita o conservarla en el anonimato, los causahabientes ejercerán este

derecho, durante un plazo de 70 años desde la muerte del autor. Por su parte, la norma comunitaria dispone que, a la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes por el plazo de 50 años, que es el que prevé también como duración de la protección de los derechos patrimoniales y añade que, una vez fenecido este plazo, el Estado u otras instituciones designadas asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra. Al parecer, esta norma comunitaria haría inaplicable nuestra norma interna no solo en lo relativo a la duración de la protección de los derechos morales, sino también de los derechos patrimoniales –toda la vida del autor y 70 años después de su muerte–, pero ello no resulta cierto por cuanto el artículo 59 de la norma comunitaria expresamente permite que se aplique la norma interna: “... se aplicarán los plazos de protección contemplados en las legislaciones internas de los Países Miembros, si éstos fueran mayores que los previstos en la presente Decisión”.

Si la tendencia actual en las leyes sobre derechos de autor es ir limitando los derechos morales (el ADPIC por ejemplo), vemos que las normas interna y comunitaria en vigencia más bien fortalecen esta institución jurídica del derecho de autor.

3.2.7. Derechos patrimoniales

Adentrándonos en los derechos patrimoniales (la Ley de 1976 hablaba de derechos económicos), tanto la norma interna vigente como la norma comunitaria incorpora a los que ya contenía la Ley de 1976 como derechos exclusivos de explotación de la obra, al de importación (la Decisión 351, por supuesto, cuando habla de importación, se refiere al territorio de cualquier país miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho y deja a criterio de la legislación interna el reconocimiento de otros derechos de índole patrimonial). Pero en lo que las dos normas

vigentes ponen énfasis y se distinguen de la anterior es en utilizar términos que tienen que ver con el avance tecnológico contemporáneo, tales como *representación digital*, *transmisión de señales codificadas*, etc., para explicar los alcances de lo que se deberá entender especialmente por comunicación pública.

En el punto relativo a la transferencia del derecho de explotación, la norma interna actual agrega el hecho de conceder validez a la transferencia del derecho de explotación sobre obras futuras, exigiendo que para este caso el plazo máximo que conste en el contrato sea de 5 años.

3.2.8. Programas de ordenador, disposiciones especiales y derecho de participación

Las disposiciones sobre los programas de ordenador, que incluyen la norma comunitaria y la interna vigente –esta última dentro de la sección denominada “Disposiciones especiales sobre ciertas obras”–, constituyen innovaciones que no incluía la Ley de 1976. Destacamos, en relación con los programas de ordenador, que las dos normas en mención los consideran obras literarias y como tales se los protege, su protección se extiende a los programas operativos y aplicativos, a los diagramas de flujo, planos y manuales de uso. La norma interna denomina a su titular, expresamente, productor, sin embargo, la norma comunitaria en su glosario mismo deja entrever que el titular de un programa de computador sería el productor, cuando define al productor como “la persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad en la producción de la obra, por ejemplo, de la obra audiovisual o del programa de ordenador”. En todo caso, la norma interna concede al titular de un programa de ordenador el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la realización de modificaciones sucesivas del programa o de programas derivados del mismo y dispone que la adquisición de un ejemplar de un programa de ordenador, que

haya circulado de forma lícita, autoriza a su propietario a realizar: a) Una copia de la versión del programa legible por máquina, con fines de seguridad; b) Fijar el programa en la memoria interna del aparato, con el fin de utilizar el programa; y, c) Adaptar el programa para su exclusivo uso personal, siempre que sea para uso normal previsto en la licencia.

Mientras tanto, la norma comunitaria autoriza a los titulares de un programa de ordenador a que efectúe las modificaciones necesarias para la correcta utilización de los programas y dispone que el propietario de un programa de ordenador realice lo arriba señalado en los literales a) y b).

Si bien es cierto que con las innovaciones incorporadas en este tema, la norma interna y la comunitaria han procurado ponerse a tono con el desarrollo tecnológico por el que atravesamos, no es menos cierto que su incorporación también ha sido fruto del proceso de *globalización* que impera en la actualidad. En efecto, el fenómeno de la globalización ha supuesto, entre otras cosas, imposiciones e injerencias por parte de países poderosos en países de menor poderío económico, para que en sus legislaciones internas se incorporen y refuercen, disposiciones proteccionistas de derechos de autor, en temas tales como la copia de los programas de computación en general (software), la copia de libros (copyright), la copia de películas reproducidas en discos de video (DVD) y la copia de música, a través de quemadores de discos compactos o del formato *MP3* de compresión de información digital e Internet.

Lo aseverado en el párrafo anterior se sustenta en varias fuentes: noticias aparecidas en los periódicos de mayor circulación de nuestro país, afirmaciones surgidas de trabajos investigativos y uso de Internet, artículos publicados en revistas y libros de

Derecho en general, de todos las cuales, en líneas posteriores, procuraremos ahondar sus aspectos básicos.

Las noticias periodísticas surgen sobre todo a partir de 1993 y hasta el presente no cesan, como lo demuestra una crónica publicada en el periódico *El Comercio* el 26 de enero de 2004, en la que se pone de manifiesto que Estados Unidos pretende, en los países andinos, implantar medidas totalmente drásticas de confiscación del material pirateado y también medidas compensatorias para los propietarios de los derechos de autor y fuertes sanciones penales para los ‘piratas’. (Para mayor detalle ver Anexo 5).

En lo que respecta a los artículos, resaltamos el publicado en la obra *Diversidad Biológica y Cultural – Retos y propuestas desde América Latina*, que se titula “Impacto del Convenio de Biodiversidad en el Ecuador”, escrito por Elizabeth Bravo y que deja entrever, entre otras cosas, que Estados Unidos ha ejercido presión para que en nuestro país se aplique el ADPIC, antes del plazo previsto para los países en vías de desarrollo que establecía el mismo Acuerdo y también para que se inserten ciertas normas relativas a la ‘tecnología de punta’ en la Ley de Propiedad Intelectual de 1998, con las que seguramente ese imperio se vería favorecido.⁵⁶

Sin embargo, los países poderosos y las grandes empresas transnacionales siguen apuntando a que los problemas de la propiedad intelectual y la tecnología son, cada vez en mayor medida, propios del comercio internacional y, por ello, que la protección de los bienes inmateriales es insuficiente en los países en vías de desarrollo, y los costos que para las industrias del cine, fonográfica, editorial, de publicidad, de televisión, etc.

⁵⁶ Elizabeth Bravo C., “Impacto del Convenio de Biodiversidad en el Ecuador”, en *Diversidad Biológica y Cultural – Retos y propuestas desde América Latina*, Bogotá, Dupligráficas, 1998, pp. 90-92.

ocasiona la piratería obliga a actuaciones internacionales enérgicas. Lo que parecería que está sucediendo es que el crecimiento económico de ciertas industrias que requieren protección en materia de derechos intelectuales contra el uso ‘indebido’ de sus productos, particularmente su reproducción, ha ocasionado que se ejerza presión para la ‘modernización’ de los sistemas existentes de protección de la propiedad intelectual, tanto a nivel nacional como internacional. De lo contrario, se asevera que muchas empresas transnacionales cerrarán sus puertas en nuestros países como ha ocurrido con BLOCKBUSTER, empresa internacional de arriendo de películas en formato DVD y VHS que atendió en Quito y Guayaquil hasta fines de febrero de 2004. (Ver Anexo 6).

En este mismo sentido se pronuncia Xavier Gómez Izquierdo, cuando pone de manifiesto las diferencias existentes entre los países desarrollados y pobres, en cuanto a la visión que tienen sobre los derechos que emanan de la propiedad intelectual. Según este autor, para los primeros, estos derechos constituyen un verdadero puntal para la prosperidad de la economía actual, debido a que la innovación tecnológica que ellos estimulan implica un factor decisivo de competitividad internacional y, para los segundos, la protección a la propiedad intelectual es manejada como un presupuesto para la transferencia de tecnología y para atraer flujos de inversión extranjera. Gómez Izquierdo finaliza este punto, sosteniendo que la mencionada diferencia está estrechamente relacionada con la globalización de la economía.⁵⁷

Con el afán de detallar más criterios que manejan los países industrializados, especialmente Estados Unidos, para ejercer la referida presión, recurrimos a otro artículo, escrito por Joseph Henry Vogel, que lleva como título “Las opciones de Derechos de Propiedad Intelectual y su posible aplicación al conocimiento tradicional”, que fuera

⁵⁷ Xavier Gómez Izquierdo, *ibídem*, pp. 14 - 16.

publicado en el texto *El Cártel de la Biodiversidad: transformación de conocimientos tradicionales en secretos comerciales*, y en el cual se expone lo siguiente:

a) En relación con los programas de computación (software): el proceso de escribir y depurar un gran programa de computación cuesta millones de dólares, pero para Vogel, cualquiera, por el costo ínfimo de unos disquetes, puede copiar los disquetes originales, resultando perjudicados los escritores de software empresarial. Aunque este autor no ahonda en la postura que defienden principalmente Estados Unidos y las grandes transnacionales como IBM, Novell, HP, y que está dirigida a que el software se patentice y, por consiguiente, se lo considere tanto en los ordenamientos internos como en los internacionales fuera de los derechos de autor e imbricado dentro de la esfera de la propiedad industrial, como deja entrever a lo largo de su artículo que se debe endurecer la legislación de propiedad intelectual y, teniendo en cuenta que el sistema de patentes es más rígido, resulta obvio que su posición es que el software se patentice;⁵⁸ b) En relación con la copia de libros: los autores de libros especializados tardan largos años en escribir y

⁵⁸ Según la revista *Forbes* debido a que Microsoft, Autodesk, Sun, IBM, Novell, HP están radicadas en EE.UU., la legislación estadounidense en materia de propiedad inmaterial ha sido impuesta, a todo el mundo mediante la OMC y el acuerdo ADPIC. Además, afirma que Estados Unidos ha sido pionero en admitir patentes sobre programas de ordenador y que, si bien están protegidas legalmente, tanto la propiedad intelectual como la industrial, esta última al ser salvaguardadas mediante el sistema de patentes puede bloquear y paralizar creaciones independientes, haciendo inútiles los derechos de autor del programador. Agrega que “un trabajo protegido con derecho de autor se puede anular con un centenar de patentes de las que el autor no tiene conocimiento pero, al igual que las leyes, su ignorancia no elude su cumplimiento. La situación actual hace que cualquier programador no pueda esquivar las patentes, bien porque son amplias, bien porque forman parte de estándares de la comunicación”. Consultar www.rebellion.org. “Las patentes de software restringen las formas de uso de sus computadoras. Un gran programa combina docenas o centenas de ideas. Cuando cada idea puede ser patentada, solo IBM y Microsoft pueden escribir software con seguridad. Adiós a toda industria de software local e independiente. Las patentes de software deben ser rechazadas. El copyright restringe el uso y la posibilidad de compartir información, justamente las funciones para las cuales su computadora fue hecha”. Ver en www.wsis-pct.org. El fundamento principal de todos los problemas es que la mayoría de los bienes culturales no representan bienes materiales. Su reproducción en muchos casos tiene coste próximo a cero y su copia no tiene por qué suponer ningún menoscabo en el patrimonio de sus autores, su original sigue estando tal cual después de las copias. El problema estriba en que nuestra sociedad se ha acostumbrado a que la retribución a los productores de bienes intelectuales se realice mediante la venta de copias, lo que por otra parte solo garantiza unos ingresos razonables a una pequeña parte de los autores. Consultar la página: www.wsis-pct.org.

publicar, pero su obra puede ser fotocopiada a un precio muy bajo. Debido a los múltiples casos de violación al derecho de copia (copyright) en Estados Unidos, la piratería de libros está controlada en ese país, pero en los países subdesarrollados constituye una práctica común. Para el articulista, esto ha generado la falta de derecho a una compensación a los autores de los países desarrollados y la inaplicación de estos derechos en los países en vías de desarrollo genera que haya menos autores en estos países y también menos traducciones de textos en inglés. (El término *copyright*, en esta investigación, únicamente se utiliza para referirse al derecho de copia y no como la institución jurídica anglosajona que protege a los autores sobre ciertas obras del intelecto, sin embargo, en el Anexo 9 se explican algunas distinciones entre los Derechos de Autor derivados del Derecho Continental y la institución denominada *Copyright*) y, c) En relación con las películas: las películas cinematográficas pueden ser copiadas por medio de reproductores de discos de video (DVD) y vendidas a sitios de alquiler de países en donde no se aplica la protección del *copyright*. En este sentido, Vogel advierte que una producción de Hollywood puede costar más de 200 millones de dólares, pero en un país subdesarrollado esta misma película puede ser arrendada en 1 dólar.⁵⁹

Como podemos ver, los criterios son válidos y las reglas claras para los países poderosos, pero también hay que estar conscientes que lo que defienden éstos, en última instancia, no son los intereses económicos de los creadores –a menos que los propios creadores sean dueños o representen a alguna gran compañía como, por ejemplo, el director de cine Steven Spielberg, dueño de la productora Dreamworks o Bill Gates en software–, sino sus propios intereses y el de las transnacionales. Con lo aseverado, no queremos significar que los creadores en general no se verían compensados alrededor de

⁵⁹ J. Vogel (ed.), *El Cártel de la biodiversidad: transformación de conocimientos tradicionales en secretos comerciales*, Quito, CARE, Proyecto SUBIR, 2000, pp. 12 y 13.

la incorporación y luego del cumplimiento de normas rígidas de protección sobre los mencionados temas, sino que, con esta incorporación, los grandes beneficiarios, sin duda, son las compañías transnacionales editoras, las de software y las productoras de cine.

En este contexto, nos preguntamos, ¿existe alguna otra alternativa por la que nuestros países tengan acceso a la tecnología y a la cultura que no sea por medio de la piratería? Creemos que sí y esta alternativa sería por medio de la negociación en igualdad de condiciones, partiendo de la premisa de que nuestros países no pueden ir a la mesa de negociación equitativamente si no actúan en bloque, esto es, que todos los países de Latinoamérica operen como un grupo fuertemente unido y compacto. Uno de los criterios que se pueden defender estaría encaminado a que se completen normas de protección en los temas aludidos y luego haya un compromiso para su cumplimiento, pero que los derechos de compensación estén dentro de las posibilidades reales de nuestras economías y que no impliquen más explotación hacia los países pobres. Si es que el trasfondo de las imposiciones que ejercen los países industrializados, en particular Estados Unidos, y las transnacionales, hacia nuestros países, en materia de derechos de autor, no radica en el hecho de mantenernos más explotados y lejos de la cultura y la tecnología, se podría llegar a un acuerdo satisfactorio para las dos partes. Con ello la piratería sería controlada, y la cultura y la tecnología no nos serían tan esquivas e, insistimos, podríamos defender nuestros intereses, en igualdad de condiciones, más aún ahora que el TLC constituye una realidad y con esto se nos vienen más imposiciones no solo en materia de derechos de autor, sino en muchos otros temas de índole política, social y económica.

Habría que añadir que la ley interna ecuatoriana en vigencia es inobjetable en cuanto a los temas relativos a los programas de ordenador y a la remuneración por copia privada de obras literarias impresas (abordaremos este último tema oportunamente), que

tendría que ser más específica en lo relativo a las películas copiadas por medio de reproductores de discos de video (DVD) y a la copia de música a través de quemadores de discos compactos o de formato *MP3* de compresión de información digital. Para ello, en su artículo 77, en la sección de los contratos de la obra audiovisual, que dice: “para explotar la obra audiovisual en videocasetes, cine, televisión, radiodifusión o cualquier otro medio, se requerirá de convenio previo con los autores o los artistas, intérpretes o, en su caso, el convenio celebrado con las sociedades de gestión correspondientes”, para que no exista confusión en la interpretación del artículo señalado, sería pertinente añadir en formato DVD. Así mismo, en el artículo 105, Parágrafo Sexto del Capítulo II, relativo a la Remuneración por copia privada que dice: “La copia privada de obras fijadas en fonogramas o videogramas, así como la reproducción reprográfica de obras literarias impresas estará sujeta a una remuneración compensatoria...”, también convendría añadir o en formato DVD. Finalmente, en el artículo 65, relacionado con los Contratos de Inclusión Fonográfica, que en su parte pertinente sostiene que: “El contrato de inclusión fonográfica es aquel en el cual el autor de una obra musical o su representante... autoriza a un productor de fonogramas, a cambio de una remuneración, a grabar o fijar una obra para reproducirla sobre un disco fonográfico, una banda magnética, un soporte digital o cualquier otro dispositivo o mecanismo análogo, con fines de reproducción y venta de ejemplares”; habría que ser más específico y añadir también para grabar o fijar una obra a través de quemadores de discos compactos o del formato *MP3* de compresión de información digital.

No hay que descartar, para poner en la mesa de debate, iniciativas que a este respecto puedan tener tanto la empresa privada como las sociedades de gestión colectiva. La empresa privada ha iniciado en Ecuador una campaña para competir con la piratería de discos compactos. Para ello, se ha provisto de tecnología de punta y ha acordado con

algunos artistas e intérpretes nacionales bajar los costos de producción y vender más, lo que daría como resultado que un disco compacto legal sea más accesible para el público ecuatoriano y no exista tanta diferencia de precios entre el disco compacto pirata y el legal. De la misma manera, las sociedades de gestión colectiva de la rama música, en países como España, han logrado que se fije un impuesto por la compra de los discos compactos en blanco, con el fin de que el dinero generado por este impuesto ingrese a sus arcas y así evitar también que el disco reproducido de forma ilegal sea vendido a un costo muy bajo.

En lo que tiene relación con la ‘piratería de la música’, que consideramos constituye un tema tan o más complejo como los anteriores, los autores Federico Martínez y Cynthia Morales aportan a nuestro entender importantes fundamentos y alternativas que exponemos en el Anexo 10.

Es importante señalar que, en el capítulo que la norma comunitaria aborda los programas de ordenador, incluye también el tema de la base de datos, considerándolas compilaciones para efectos de su protección.⁶⁰ Lo que en ellas se protege es la selección, disposición y ordenación sistemática del material o de la información, que le hagan aparecer como una creación original. En el caso específico de este tema, la UNESCO, dentro de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en una reunión de

⁶⁰ La base de datos es “Un conjunto de elementos de información, seleccionados de acuerdo con criterios determinados y estables, dispuestos en forma ordenada e introducidos en la memoria de un sistema informático a la que tenga acceso cierto número de usuarios”. Delia Lipszyc, *ibídem*, p. 114. La importancia de regular las bases de datos es que “mediante ellas pueden ser depositados en ficheros electrónicos conjuntos de elementos de información, los cuales a su vez permiten poner a disposición de terceros la información que contienen de manera ordenada, no haciendo diferenciación alguna sobre si la información que almacenan y difunden está protegida o no por los derechos de autor. En el caso de que la información que almacenan sean textos que no son susceptibles de regulación por estos derechos, se permite el libre acceso de la misma. Esta información puede tratarse sobre disposiciones legales, jurisprudencia de tribunales, u obras de dominio público”. Federico Martínez y Cynthia Morales, *ibídem*, p. 101, Capítulo II.

Información sobre la Propiedad Intelectual en materia de bases de datos, realizada en Ginebra del 17 al 19 de septiembre de 1997, considerando que, con el desarrollo de la información, la inversión competitiva en el campo de las bases de datos contribuye a fomentar la recopilación, el tratamiento y la difusión de datos informativos, subrayó una serie de observaciones que, por la valía que puede tener para nuestra legislación, hemos añadido un resumen de las mismas en el Anexo 11.

Por otra parte, en la sección “Disposiciones especiales sobre ciertas obras”, la norma interna actual incluye disposiciones relativas a obras audiovisuales, arquitectónicas, plásticas y otras obras que a nuestro parecer también pretenden estar acordes con el avance tecnológico del momento y que amalgaman cierto tipo de obras que hasta hace pocas décadas no tenían mayor raigambre en nuestro país y que, en la actualidad, han cobrado relieve en el ámbito artístico nacional e internacional (obras audiovisuales y arquitectónicas sobre todo) con otras en las cuales Ecuador ha tenido una enorme tradición (artes plásticas y fotografía).

En ese contexto, las disposiciones que tienen relación con las obras audiovisuales estipulan que se concede protección como a una obra original, presumiéndose como coautores de éstas al director; a los autores del argumento, adaptación, guión y diálogos; al autor de la música compuesta especialmente para la obra y al dibujante, en caso de diseños animados.

En relación con las obras arquitectónicas, señala que su autor podrá oponerse a las modificaciones que alteren su obra, pero para las que sean necesarias en el proceso de construcción o con posterioridad a ella, lo único que se requiere es la simple autorización del arquitecto autor del proyecto.

En lo que tiene que ver a las obras de artes plásticas, subsiste la disposición del derecho de participación especial de los artistas plásticos que se hacía mención en la Ley de 1976 y también cabe anotar que la norma comunitaria incluye esta disposición en su artículo 16, esto es, el derecho de participación o también conocido como *droit de suite*. La norma interna en vigencia dispone, además, para esta participación del 5 por ciento para el autor o sus herederos, en caso de reventa en que intervenga un comerciante, al manuscrito original del escritor o compositor que fuere revendido en subasta pública.

Otra disposición que incorpora en la misma sección nuestra norma interna y que no contiene la norma comunitaria ni contenía la Ley de 1976 se refiere a que el retrato o busto de una persona no podrá ser puesto en el comercio, sin el consentimiento de la misma persona y luego de su muerte de sus causahabientes, pero su publicación será libre si se relaciona con fines didácticos o científicos. Por último, esta sección también preceptúa algo novedoso y es el hecho de que el autor de una obra fotográfica sobre una persona, para ejercer sus derechos de autor o conexos, debe contar con la autorización expresa de la persona fotografiada, con la salvedad de que su utilización será lícita si se la captó en el curso regular de los sucesos y responda a fines culturales o informativos.

3.2.9. Transmisión por causa de muerte, contratos y licencias de uso

En lo que tiene relación con la transmisión por causa de muerte, tanto la Ley de 1976 como la norma interna vigente no difieren prácticamente en nada. La norma comunitaria, por su parte, dispone que el derecho de autor puede ser transmitido por sucesión de acuerdo con la legislación interna de los países miembros.

Por el contrario, la norma interna vigente incluye una serie de disposiciones en lo que a los contratos se refiere que no estaban previstas en la norma de 1976. Así, en los contratos sobre autorización de uso o explotación de obras, las exigencias de que sean por

escrito y onerosos sí contemplaba la anterior, pero cambia la exigencia de que sea por un tiempo no mayor de 10 años, pues ahora no se establece un plazo concreto y se abre la posibilidad de poder renovarlos indefinidamente de común acuerdo de las partes. Además, a diferencia de la Ley de 1976, que solo admitía la concesión de derechos de utilización o autorización de uso de las obras y no la cesión de éstas, la norma interna actual permite que el titular de los derechos de autor pueda otorgar cesión exclusiva y no exclusiva de sus derechos. En la primera figura el titular confiere al cesionario: explotación exclusiva de la obra, oponible frente a terceros y frente al autor; el derecho de otorgar cesiones o licencias a terceros, y a celebrar cualquier otro acto para la explotación de la obra. En la segunda figura, el cesionario está autorizado a explotar la obra en la forma que establezca el contrato. Así, se evidencia que esta ley cambia sustancialmente el modelo monista que mantenía la norma de 1976 y se ubica dentro de los planteamientos del modelo dualista. En este mismo tema, lo que más resalta en la Decisión 351 es la incorporación del principio por medio del cual el derecho de autor permite diversas formas de explotación, que significa que la obra puede ser explotada comercialmente de diversas maneras y por diferentes sujetos, siempre que conste expresamente en los contratos respectivos.

En este punto nos vamos a detener para esbozar ciertas disgregaciones: en los contratos de edición, el autor, sobre todo en nuestros países, constituye la parte débil de la relación escritor-editorial y, por la necesidad de publicar y difundir su obra, acepta cualquier tipo de condiciones que muchas veces violan preceptos legales e implican una franca explotación económica. Al respecto, el reconocido escritor argentino, radicado largos años en París, Julio Cortázar, en una entrevista concedida a la televisión española (TVE), manifestaba que muchos de los escritores pertenecientes al *boom* de la literatura latinoamericana, García Márquez, Vargas Llosa, Fuentes, etc., tuvieron que valerse de la

Ley de Derechos de Autor de sus países de origen o contempladas en convenios internacionales, cuando quisieron romper el vínculo contractual que les unía con editoriales que se estaban haciendo millonarias con las reediciones de sus libros. Estas editoriales habían comprado sus derechos de autor a un precio ínfimo, cuando advirtieron que las primeras ediciones de sus primeros libros se agotaron en seguida.

Lo anotado grafica la explotación que padecen los escritores que, muchas veces por la premura económica en la que sobreviven, se ven obligados a suscribir con pequeños grupos de editores o grandes transnacionales editoras, según el caso, contratos con cláusulas abusivas y que los perjudica económicamente.

En el caso específico de Ecuador y tomando en cuenta que ningún escritor vive de su trabajo literario, (no por la falta de valía, sino más bien por la ausencia de una política cultural emprendida por el Estado y la empresa privada que aliente el ámbito creador) lo abordado también se ve reflejado en la práctica. Salvo la editorial de la Casa de la Cultura Ecuatoriana que, de cualquier manera, estimula la producción literaria sin un afán desmedido de lucro, y otras pocas excepciones, la gran mayoría de pequeñas y grandes empresas editoras, que funcionan en nuestro país o tienen vínculos con algún escritor, infringen la ley, menoscaban la creación y explotan al escritor ecuatoriano. Con esto tampoco queremos significar que todo libro debe ser publicado y, además, generar ganancias inmediatas al autor. Sin embargo, el Estado ecuatoriano, con una política cultural manejada bajo la premisa de que el impulso a la cultura es una de las pocas alternativas que tenemos para salir del subdesarrollo, no solo debería vigilar que no se menoscaben los intereses de los creadores, sino que debería impulsar la publicación y la difusión de obras de escritores jóvenes que, pasando por la rigurosidad de un consejo

editorial, merezcan este impulso y, claro está, ni hablar de obras que pertenezcan a escritores que han trabajado su palabra de buena ley durante toda su vida.

En esta línea de pensamiento, lo que preocupa entonces es que muchas editoriales hacían y continúan haciendo caso omiso de lo estipulado por los artículos 50 de la Ley de 1976 y 56 de la norma interna actual que, prácticamente con igual tenor, concuerdan en que el contrato de edición terminará, cualquiera sea su plazo de duración, al agotarse su edición, e imponiendo cláusulas abusivas y sin la celebración de otro contrato que prevea, de común acuerdo, su renovación, dan por sentado que el contrato que liga a la editorial con el escritor será por tiempo indefinido. Actualmente, algunos escritores ecuatorianos se han visto envueltos en problemas legales, pues al pretender dar por terminado su vínculo contractual con la editorial, al agotarse la edición de sus libros, o la reimpresión de éstos, la editorial alega que el contrato que celebraron fue para toda la vida. Éste es el caso específico del contrato celebrado entre el escritor ecuatoriano Marco Antonio Rodríguez y Editorial LIBRESA S.A., en el que de una simple lectura de su contenido, se pueden advertir la inclusión de una serie de cláusulas abusivas, en las que no se concreta un plazo determinado de vigencia, las regalías que va a recibir el autor son irrisorias y, en definitiva, constituyen una camisa de fuerza, para que el escritor ceda todos sus ‘derechos’. (Más detalles en el Anexo 7).

En el punto de las licencias de uso, la norma interna en vigencia dispone que el titular de los derechos de autor también puede conceder a terceros licencias de uso, no exclusivas e intransferibles. En este mismo tema, la norma comunitaria reenvía al Convenio de Berna y a la Convención Universal de Ginebra para efecto de que las legislaciones internas no desconozcan los requisitos bajo los cuales las mencionadas licencias se pueden otorgar.

En lo que se refiere a las clases de contratos que prevé la norma interna actual, son las mismas que contenía la Ley de 1976, salvo por la incorporación de algunos términos que también responden al proceso histórico-tecnológico contemporáneo y el referido al contrato publicitario que lo establece para aquellos que tengan por objetivo la explotación de obras con cualquier fin publicitario.

3.2.10. Limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales y derechos conexos

En el siguiente tema, relativo a las limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales del autor, la norma interna actual extiende la duración de los derechos patrimoniales a 70 años luego de la muerte del autor, 20 años más de lo que prevé la norma comunitaria y la que preveía la Ley de 1976, pero como ya se dijo, el artículo 59 de la Decisión 351 faculta a la legislación interna para aplicar el término de duración de la protección cuando éste sea mayor al concedido por ella, por lo que deberá entenderse que dicho término de protección será de 70 años con posterioridad a la muerte del autor.

En lo que tiene que ver con el tema de las excepciones a los derechos patrimoniales, esto es, los actos que no requieren la autorización del titular de los derechos ni implica ninguna remuneración, la norma interna vigente agrega a los que contenía la Ley de 1976: la reproducción de la noticia del día; la reproducción de un solo ejemplar de la obra que se encuentre en bibliotecas; las grabaciones efímeras; la reproducción o comunicación de una obra divulgada para actos judiciales, y la parodia de una obra divulgada. La norma comunitaria, en este tema, faculta a las legislaciones internas para regular el régimen de las limitaciones y excepciones. Las limitaciones que la Decisión 351 menciona son prácticamente las mismas que establece nuestra norma interna vigente, por lo que no tiene mayor sentido repetirlas.

Al abordar el tema de los derechos conexos, observamos que a los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes que preveía en sus últimos artículos la norma de 1976, la norma interna actual y la comunitaria incorpora, dentro de estos derechos, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión. La norma interna actual difiere en el plazo de duración de la protección, de 25 años que determinaba la Ley de 1976, a 70 años, en el caso de los artistas, intérpretes o ejecutantes, contados a partir del 1 de enero del año siguiente a aquel en que tuvo lugar la interpretación o ejecución o fijación. Para el caso de los productores de fonogramas, la ley en vigencia prevé los mismos 70 años contados a partir del 1 de enero del año siguiente a la fecha de la primera publicación del fonograma, y también 70 años, en el caso de los organismos de radiodifusión, contados a partir del primer día del año siguiente a la fecha de la emisión o transmisión. La norma comunitaria establece, como término de protección de estos derechos, 50 años pero, por el tantas veces mencionado artículo 59, deja en libertad a la legislación interna determinar los plazos de protección cuando éstos son mayores a los que ella fija.

Aparte del tiempo de duración de la protección en lo relativo a los derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes, la norma interna actual incorpora, en relación con la anterior, una disposición relativa a que cuando artistas, intérpretes y ejecutantes participen colectivamente en una misma ejecución deben nombrar un representante para el ejercicio de sus derechos y, si no lo hicieren, su representante será el director del grupo vocal o instrumental. En cambio, los derechos que les otorgaba la ley de 1976 prácticamente son los mismos que les conceden tanto la norma interna actual como la comunitaria.

En relación a los productores de fonogramas, la norma interna en vigencia otorga a éstos el derecho de autorizar, realizar o prohibir: a) La reproducción de sus fonogramas; b) La distribución al público; c) La importación de reproducciones de fonogramas; y, d) La comunicación pública con o sin hilo.

La norma comunitaria coincide con los derechos descritos en los literales a), b) y c), y añade el de percibir una remuneración por cada utilización del fonograma o copias del mismo con fines comerciales.

Cabe también anotar que la norma interna actual, en su artículo 95, indica que se podrá constituir una sociedad de gestión común para recaudar las remuneraciones de autores, productores de fonogramas y artistas, intérpretes o ejecutantes, por la comunicación pública de sus obras, interpretaciones o ejecuciones y fonogramas.

De la misma manera, la norma interna actual y la comunitaria coinciden que los organismos de radiodifusión son titulares del derecho de realizar, autorizar o prohibir: a) La retransmisión de sus emisiones; y, b) La fijación y la reproducción de sus emisiones.

Nuestra norma interna en vigencia añade la comunicación al público de sus emisiones efectuadas en lugares accesibles al público.

De otro lado, la norma interna ecuatoriana actual considera como otros derechos conexos a los ya descritos, a los siguientes:

1. Al productor de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que no sean creaciones valoradas como obras audiovisuales, que tendrá el derecho de realizar, autorizar o prohibir la reproducción, comunicación pública, distribución o de fotografías realizadas en el proceso de producción de la grabación audiovisual, por un lapso de 70 años contados a partir del primer día del año siguiente a la fecha de su realización o publicación.

2. A quien realice una “mera fotografía u otra fijación obtenida por un procedimiento análogo” que no sea considerada una obra fotográfica tendrá el derecho de realizar, autorizar o prohibir su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos lineamientos que los autores de obras fotográficas, por un período de 25 años contados a partir del primer día del año siguiente a la fecha de su realización o publicación.

3. A quien publique por primera vez una obra inédita que esté en el dominio público, poseerá los mismos derechos de explotación que tendría el autor, por un tiempo de 25 años contados a partir del primer día del año siguiente a la publicación.

La norma interna ecuatoriana en vigencia, como se dejó entrever anteriormente, en el capítulo destinado a los Derechos Conexos, prevé un párrafo destinado a la Remuneración por copia privada, en el que señala que, precisamente, la copia privada de obras fijadas en fonogramas o videogramas u obras literarias impresas estarán sujetas a una remuneración compensatoria. Prevé también entidades recaudadoras únicas y comunes, autorizadas por el IEPI, una de autores, intérpretes y productores de fonogramas y videogramas, y otra de autores y editores, que serán las encargadas de recaudar la remuneración compensatoria. Esta remuneración, cuya cuantía porcentual por copia privada debe ser calculada sobre el precio de los soportes o equipos reproductores, tendrá que pagar el fabricante o importador en el momento de la puesta en el mercado nacional de: a) Las cintas o soportes materiales susceptibles de incorporar una fijación sonora o audiovisual; y, b) Los equipos reproductores.

La tendencia en el tema de los derechos conexos ha sido la de irlos robusteciendo y no subestimarlos, entendiendo que su protección resulta ser una condición previa necesaria para participar en el nuevo sistema de comercio e inversiones internacionales, en la medida en que artistas, intérpretes o ejecutantes, organismos de radiodifusión y

productores de fonogramas ayudan a establecer las bases de industrias nacionales que divulgan las expresiones culturales dentro y fuera de un país.

3.2.11. Sociedades de gestión colectiva

En el tema de las sociedades de gestión colectiva, la norma interna vigente y la comunitaria detallan con mayor minuciosidad que la Ley de 1976, principalmente porque cuando esta última fue expedida, Ecuador no contaba con este tipo de sociedades. El advenimiento de sociedades de gestión colectiva tuvo lugar en 1977, esto es, un año después de que la Ley de Derechos de Autor de 1976 entrara en vigencia, con la creación de la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos (SAYCE) y de la Sociedad de Autores Cinematográficos (ASOCINE). Posteriormente, en 1981 se creó la Sociedad Ecuatoriana de Escritores (SEDE) y, en la década de los 90, la Fundación Ecuatoriana de Promoción Informática (1994) y la Asociación Ecuatoriana de Software (1995).

La norma interna actual advierte que las sociedades de gestión colectiva son personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro, cuyo objeto social es la gestión colectiva de derechos patrimoniales de autor o conexos. La norma comunitaria, por su parte, dispone que estas sociedades estén sometidas a la inspección y vigilancia por parte del Estado miembro. Las dos leyes en referencia son muy explícitas en cuanto a los requisitos que las sociedades de gestión colectiva deben cumplir para obtener la autorización de funcionamiento. Los requisitos se circunscriben a que el estatuto de las sociedades de gestión debe prescribir las condiciones para la admisión como socios a los titulares de derechos que lo soliciten y que la asamblea general, que es el órgano supremo, debe estar autorizada para aprobar reglamentos de tarifas y resolver sobre el porcentaje que se destine a gastos de administración.

Los lineamientos generales de las sociedades de gestión colectiva en la norma interna vigente y en la comunitaria están bien fundamentados, totalmente claros y acordes con la necesidad de dar impulso a este tipo de sociedades, en otras palabras, creemos que no existen deficiencias en las reglas destinadas a este tema. Sin embargo, advertimos que en la práctica el panorama de las sociedades de gestión colectiva es más bien desalentador.

Así, las últimas noticias acerca de la Sociedad de Autores Cinematográficos del Ecuador (ASOCINE) giraban en torno a los graves problemas económicos por los que atravesaba dicha sociedad, los que podrían llevar inclusive al arrendamiento del espacio físico en donde laboraba. La Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos (SAYCE) ahora aparentemente empeñada en atacar la piratería, parece que lo único que le preocupa es el cobro de regalías y no dar impulso a los músicos en general. Solo la Sociedad Ecuatoriana de Escritores (SEDE), a raíz de la elección de su última directiva, está en procura de dar impulso a encuentros de literatura, conseguir una sede en donde funcione permanentemente (actualmente no la posee) y que se cumpla a cabalidad con lo que dispone sobre estas sociedades la norma interna en plena vigencia. Por último, los artistas plásticos están encaminados a formar una sociedad que los agrupe y para ello están realizando las gestiones pertinentes. En suma, tanto autoridades gubernamentales, empresa privada y miembros de las directivas de las sociedades de gestión colectiva, deben aunar esfuerzos para que estas sociedades se conviertan en promotores reales de la cultura nacional y cumplan a cabalidad con su objetivo fundamental, que es el de defender los derechos autorales de sus miembros, con un peso mayor que el que supone el hecho de bregar de forma individual.

En lo relativo a las tarifas que cobran las sociedades de gestión para después ser distribuidas entre los titulares de los derechos, creemos conveniente aclarar que la norma comunitaria indica que dichas tarifas deben ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones, etc.; pero deja a salvo la reglamentación de las tarifas a la legislación interna de los países miembros. Por lo indicado, lo que rige para la distribución de lo recaudado por concepto tarifario es lo que dispone nuestra norma interna actual: un 30 por ciento de lo recaudado destina a gastos administrativos y la diferencia distribuye en la forma que sugiere la norma comunitaria.

Así mismo, la norma interna vigente manifiesta que el organismo por el que las sociedades de gestión serán vigiladas, intervenidas y autorizadas para su funcionamiento, es la Dirección Nacional de Derechos de Autor, ente autónomo del Ministerio de Educación y adscrito al Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI). Este último organismo mencionado fue creado por esta norma, para tener a su cargo, a nombre del Estado, los siguientes fines: a) Propiciar la protección y defensa de los derechos de propiedad intelectual; b) Promover la creación intelectual; y, c) Prevenir los actos que puedan atentar contra la propiedad intelectual.

La Decisión 351, mientras tanto, menciona en sus últimos artículos a la Oficina nacional competente, como el órgano administrativo de cada Estado miembro de la Comunidad Andina, encargado de la protección y aplicación del derecho de autor y derechos conexos. Dentro de sus funciones constan: a) Intervenir por medio de la conciliación o el arbitraje en los problemas que se adviertan por el goce o ejercicio de los derechos reconocidos en la norma comunitaria, de conformidad con lo previsto en las legislaciones internas; b) Organizar y administrar el registro de las obras; c) Ejercer la función de autorización, inspección y vigilancia de las entidades de gestión colectiva; d)

Aplicar las sanciones administrativas; e) Desarrollar programas de capacitación en materia de derechos de autor y derechos conexos; y, f) Ejercer las demás que le impongan las leyes nacionales.

3.2.12. Acciones y procedimientos

Por otra parte, debemos agregar que la norma interna vigente, además de las acciones civiles y penales que disponía la anterior por violación a los derechos de autor (para profundizar en este punto remitirse a los Anexos 8 y 12), prevé también el ejercicio de acciones administrativas, a cargo del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual y, en el caso específico de derechos de autor, de la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

Con el fin de elevar un llamado de atención, queremos manifestar que, luego de transcurrido más de un lustro de estar en vigencia la Ley de Propiedad Intelectual, aún no entran en funcionamiento los Jueces Distritales de Propiedad Intelectual, los Tribunales Distritales de Propiedad Intelectual y la Sala especializada en Propiedad Intelectual de la Corte Suprema, judicaturas que fijó la ley con competencia para conocer asuntos concernientes a esta materia. La razón que se esgrime, para que no entren aún en funcionamiento estas judicaturas especializadas, es de orden económico. Por ahora, de acuerdo con lo dispuesto por la Disposición Transitoria Décima de la Ley, son los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo los que conocen las causas relacionadas a esta materia, a excepción de las diligencias cautelares que conocen los jueces civiles. Lo apuntado, en la práctica, está contraviniendo normas constitucionales relativas al debido proceso que además guarda relación con el Art. 55 de la Decisión 351, que preceptúa: “Los procedimientos que se sigan ante las autoridades nacionales

competentes, observarán el debido y adecuado proceso, según los principios de economía procesal, celeridad, igualdad de las partes ante la ley, eficacia e imparcialidad...”.

La aguda crisis económica que soporta Ecuador, sobre todo desde 1999, ha constituido un obstáculo para que las judicaturas especializadas en materia de derechos de autor entren en funcionamiento; además, es indudable que ha faltado iniciativa de las principales autoridades del órgano judicial, para trabajar en un proyecto en conjunto con organismos internacionales u ONG, que comprenda capacitación y financiamiento para que las mencionadas judicaturas entren de una vez por todas a funcionar.

En el tema concerniente a las medidas cautelares procedentes en caso de violación del derecho de autor o derechos conexos, la Decisión 351 facilita las disposiciones de la norma interna vigente, cuando establece que la autoridad nacional competente podrá ordenar, entre las más importantes, las siguientes medidas: el cese inmediato de la actividad ilícita; la incautación, el embargo, decomiso o secuestro preventivo de los ejemplares fraudulentamente producidos.

Las consecuencias jurídicas por la violación de los derechos de autor adoptadas por la Decisión 351 también fortalecen y viabilizan lo dispuesto en este sentido por la norma interna actual, al señalar que la autoridad nacional competente puede ordenar: a) el pago al titular del derecho infringido de una indemnización adecuada, en compensación por los daños sufridos por la violación de sus derechos; b) que el infractor asuma las costas del proceso; c) el retiro definitivo de los canales comerciales de los ejemplares que constituyan la infracción del derecho; y, d) las sanciones penales correspondientes.

En este último punto, la Decisión 351, únicamente señalando ciertos actos procesales, faculta a la legislación nacional, por intermedio de la ‘autoridad nacional competente’, para el manejo de todo el ámbito procesal, pues el Tribunal de Justicia

Andino, órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, se ocupa específicamente del control de la legalidad de las normas comunitarias, de la interpretación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, del Recurso de Omisión o Inactividad, de la Función Arbitral y de la Jurisdicción Laboral.⁶¹

⁶¹ www.sice.oas.org

CONCLUSIONES

1. Históricamente, el papel de Ecuador en el contexto mundial y sus obligaciones frente a los convenios internacionales en materia de derechos de autor, por su condición de país subdesarrollado y su retraso político, económico, social y cultural, han sido prácticamente nulos. Sin embargo, en la actualidad, en que el proceso de globalización determina, entre otros factores, presión e injerencia en nuestros países por parte de transnacionales y países poderosos, para homogeneizar a nivel mundial la ley, las obligaciones que Ecuador afronta en el presente, principalmente, con dos convenios internacionales sobre derechos de autor expedidos en la década pasada, como son el Tratado de la OMPI y el ADPIC, son mucho más exigentes y el irrestricto cumplimiento de su normatividad le suponen una coacción permanente.

2. En lo relativo a los convenios internacionales analizados durante la presente investigación, debemos concluir que, en términos generales, las normas proteccionistas contenidas en el Convenio de Berna, en la Convención Universal, en la Convención de Washington y en la Convención de Roma, se inclinan hacia el lado del autor, artista intérprete o ejecutante, productor de fonogramas y organismos de radiodifusión, según sea el caso, antes que al usuario o empresario. Por el contrario, las normas proteccionistas contenidas tanto en el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor como en el ADPIC, en lo relativo a esta misma materia, al ser acuerdos internacionales nuevos y como tales con tendencia eminentemente comercial, se inclinan hacia el lado del empresario.

3. Por otra parte, la Convención Universal difiere del Convenio de Berna, pues no aplica reservas, por lo que, creando unos requisitos de protección más bien bajos, viabiliza una aplicación uniforme para los estados miembros y, en este sentido, cumple con uno de sus objetivos que fue el de armonizar las legislaciones existentes sobre derechos de autor.

4. Las principales innovaciones de la Convención de Washington y que generaron una gran repercusión, en la mayor parte de legislaciones internas sobre derechos de autor en nuestros países, radicarón en que, por primera vez, se tomó en cuenta la expresión: “derechos de autor” y se dejó de considerar como inalienables a los derechos morales en el caso de cesión o renuncia del autor a su derecho moral relativo a la integridad de la obra.

5. En la medida en que la Convención de Roma de 1961 contenía disposiciones que en la década de los 60 no entraban aún en boga en las leyes internas, pues en esa época los derechos conexos constituían un tema no muy difundido en el mundo entero, este instrumento internacional ha tenido cierta injerencia en las legislaciones nacionales, de tal suerte que se considera que esta Convención tiene un carácter de normativa. Su influencia se hace ostensible, sobre todo en la ley interna en vigencia y en la comunitaria, a tal punto que constituye una de las fuentes primordiales de las disposiciones que sobre derechos conexos existen en los aludidos estatutos. De cualquier manera, la tendencia en el tema de los derechos conexos ha sido la de irlos robusteciendo en las legislaciones internas e internacionales (el ADPIC es un claro ejemplo de esto), entendiendo que su protección resulta ser una condición previa necesaria para participar en el nuevo sistema de comercio e inversiones internacionales, pues artistas intérpretes o ejecutantes, organismos de radiodifusión y productores de fonogramas ayudan a establecer las bases de industrias nacionales que divulgan las expresiones culturales dentro y fuera de un país.

6. En suma, el tema de fondo del Tratado de la OMPI sobre derechos de autor y del ADPIC, en lo que tiene relación con esta materia, está constituido sobre aspectos relacionados con el desarrollo tecnológico por el que atravesamos actualmente y su repercusión en materia de derechos de autor y que, además, están implicando un fuerte

movimiento económico a nivel mundial. Observamos así que en el Tratado de la OMPI, el entorno digital que se puede traducir en el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida y en los dos instrumentos en mención, normas relacionadas con los programas de ordenador y con las bases de datos, son tomadas en cuenta como expresión fiel de que las disposiciones de estos tratados pretenden zanjar brechas con el desarrollo tecnológico.

7. La Ley de Derechos de Autor de 1976, expedida durante la ‘guerra fría’ y en pleno *boom* petrolero, se caracterizó por tener un carácter proteccionista dirigido a la defensa del autor, antes que al empresario y también por seguir los lineamientos monistas del derecho de autor, principalmente, porque no admitía sino la concesión de derechos de utilización o autorización de uso de las obras y no la cesión de éstas. Sin embargo, su carácter tutelar balanceado hacia el lado del autor, todavía acorde con el proceso histórico-jurídico que se vivía en los años 70 en esta materia, no se concretó en la práctica jurídica ecuatoriana, sobre todo por desconocimiento y falta de importancia que le dieron abogados, jueces y gente vinculada con el derecho en general, que determinaba que nuestro país viviera en un ambiente precario en materia de derechos de autor.

8. El fenómeno de la globalización también ha supuesto presión de las grandes empresas transnacionales y de los países poderosos que gobiernan el ámbito internacional, no solo para que nuestra clase política expida la Ley de Propiedad Intelectual de 1998, sino para que sus contenidos proteccionistas se encaminen hacia el lado del empresario y, en consecuencia, esta ley se aparte del sustento del derecho de autor que debe centrarse en generar un verdadero equilibrio entre los intereses del creador, del empresario y del usuario. En este sentido, los avances, si se quiere, de las leyes interna y comunitaria en vigencia, en relación con la ley interna de 1976, han estado encaminados hacia la

adopción de contenidos tutelares dirigidos hacia el empresario, mientras que los derechos del autor se han visto disminuidos. Vemos así que, con la incorporación en las normas actuales de temas tales como la protección a los programas de ordenador, a la base de datos y a la remuneración por copia privada de obras literarias impresas, se han beneficiado, particularmente, los empresarios. Sin embargo, estos mismos temas siguen suscitando polémica, entre los países poderosos y las empresas transnacionales y los países en vías de desarrollo. Los primeros pretenden un endurecimiento de las leyes en estos puntos y así otorgar más derechos al empresario y contar con medios más ‘eficaces’ para combatir a la piratería, y los segundos que la transmisión de tecnología y de conocimientos culturales y científicos no les sean tan esquivos e inaccesibles; por lo que la única solución posible es que se logre un verdadero equilibrio entre los intereses de ambas partes y así también propender a equilibrar los intereses entre autor, empresario y usuario.

9. El hecho de que el Derecho Comunitario Andino se caracterice por ser autónomo; por tener efecto coercitivo; por integrarse a los ordenamientos jurídicos nacionales, en donde sus efectos son directos; por prevalecer sobre el derecho de los estados miembros; por representar un derecho único para toda la comunidad; y, por ser de aplicación uniforme, conlleva a deducir con facilidad que la incorporación de la Decisión 351 sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, en nuestro ordenamiento jurídico interno, constituye ciertamente un paso importante para que el sistema comunitario andino se consolide y se inserte dentro de las formas modernas de integración económica que priman en el mundo contemporáneo.

10. Los lineamientos generales de las sociedades de gestión colectiva, en la norma interna vigente y en la comunitaria, están bien fundamentados y acordes con la necesidad de dar

impulso a este tipo de sociedades. Sin embargo, advertimos que en la práctica el panorama de las sociedades autorales, en nuestro país, no es el mejor. En efecto, aparte de los serios problemas económicos que afronta este tipo de sociedades, no están cumpliendo a cabalidad con las finalidades de fomentar la cultura y la producción intelectual del país, luchar por lograr mayores beneficios económicos y sociales para los creadores y actuar como un enclave entre los autores y la Ley, para su aplicación y cumplimiento. En estas circunstancias, urge que autoridades gubernamentales, empresa privada y miembros de las directivas de este tipo de sociedades, se unan para que éstas se conviertan en veladores reales de los derechos de sus miembros, en promotores de la cultura nacional, y adopten iniciativas innovadoras como las que se están asumiendo en países como España, donde las sociedades de gestión colectiva de la rama música han logrado que se fije un impuesto por la compra de los discos compactos en blanco, para que el dinero generado por esto ingrese a sus arcas y así evitar también que el disco reproducido de forma ilegal sea vendido a un costo muy bajo.

11. En el tema de los contratos de explotación de las obras, la ley interna en vigencia, a diferencia de la Ley de 1976 que no admitía la figura jurídica de la cesión para la explotación de las obras, permite que el titular de los derechos de autor otorgue cesión exclusiva y no exclusiva de sus derechos. De esta manera, esta ley cambia el modelo monista que mantenía la norma de 1976 y se ubica dentro de los planteamientos del modelo dualista. En el tema específico de los contratos de edición, cabe anotar que sobre todo en nuestro país buena parte de pequeñas y grandes editoriales, que son la parte económicamente fuerte de la relación escritor-editorial, hacen caso omiso de la norma e incluyen cláusulas abusivas en el tenor de este tipo de contratos, lo que está provocando una franca explotación económica y serios abusos que van en desmedro de los derechos

del autor, por lo que urge la participación, en defensa del escritor, de la Sociedad Ecuatoriana de Escritores y de los órganos jurídicos competentes.

12. La grave crisis económica que soporta Ecuador, sobre todo desde 1999, ha constituido un obstáculo para que las judicaturas especializadas en materia de derechos de autor no entren en funcionamiento y, hasta que éstas no se concreticen, no podremos hablar de la existencia de un andamiaje jurídico coherente en el tema de derechos de autor ni tampoco podremos advertir si ha habido o no un progreso en cuanto al procedimiento mismo en esta materia, en relación con lo que sucedía hasta antes de que la actual Ley de Propiedad Intelectual entre en vigencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Antequera Parilli, Ricardo, *El Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el marco de la propiedad intelectual. Implicaciones culturales y sociales. Su importancia económica*, San José, Secretaría de Integración Económica Centroamericana y Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, 1998.
- Antequera Parilli, Ricardo, *El Derecho Moral de Autor y los Derechos Morales de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes*, Séptimo Curso Académico regional de la OMPI sobre Derechos de Autor y Conexos para países de América Latina, San José, OMPI, SGAE, 2000.
- Ascarelli, Tulio, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Barcelona, Editorial Bosch, 1970.
- Avellán Ferrés, Enrique, “Cómo juega el Derecho de Autor en las Convenciones Internacionales”, *Revista de Derecho N° 23*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1970.
- Baylos Corroza, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1978.
- Bercovitz, Alberto, *El derecho de autor*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 1997.
- Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Editorial Perrot, Vol. II, 1984.
- Borges, Jorge Luis, *Borges Oral-Conferencias*, Buenos Aires, Emecé Editores, 1997.
- Bracamonte, Guillermo, *Los Derechos Conexos*, San José, Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia, 1997.

- Bravo V., Elizabeth, “Impacto del Convenio de Biodiversidad en el Ecuador”, *Diversidad Biológica y Cultural –Retos y propuestas desde América Latina–*, Bogotá, Dupligráficas, 1998.
- Del Percio, Enrique Miguel, *Tiempos Modernos*, Buenos Aires, Grupo Editor Altamira, 2000.
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, Tomos III y VI, 1997.
- Castán Tobeñas, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Madrid, Instituto Editorial Reus, Tomo II, 1957.
- De Pina, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, México D. F., Editorial Porrúa, Vol. II, 1962.
- Fernández Ballesteros, Carlos, “El Derecho de Autor y los Derechos Conexos en los umbrales del siglo XXI”, *Revista Colombiana de la Propiedad Industrial* N° 5, Bogotá, s/e, 1997.
- García Moreno, Víctor Carlos, *La nueva ley del derecho de autor y su relación con el capítulo XVII del TLC*, Puebla, Editorial El Colegio de Puebla, 1997.
- Gómez Izquierdo, Xavier, *La patente de invención como posición de dominio en el mercado y su ejercicio abusivo mediante la negativa a conceder licencias obligatorias*, tesis de maestría previa la obtención del título de magíster en Derecho Económico por la UASB, 2001.
- González Carranza, Manuel G., *Análisis sobre la Ley de Derechos de Autor y Conexos*, tesis de pregrado previa la obtención del título de licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, 1997.
- Herrera Sierpe, Dina, *Propiedad intelectual. Derechos de autor*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

- Lipzyc, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Buenos Aires, UNESCO, 1993.
- Lipzyc, Delia, *Las medidas precautorias*, Buenos Aires, Editorial Fascículo, 1981.
- Llobet Colón, Juan Antonio, *El Derecho de Autor. La Legislación de Centroamérica y Panamá*, Guatemala, Editorial Piedra Santa, 1982.
- Martínez Monge, Federico y Morales Herra, Cynthia, *Nuevos desafíos a los derechos intelectuales: la problemática de la industria relativa a las obras musicales en la era de Internet*, tesis de pregrado previa a la obtención del título de licenciados en Derecho por la Universidad de Costa Rica, 2002.
- Méndez, Rosa y Villalta, Esther, *Acciones relacionadas con la propiedad intelectual*, Barcelona, Editorial Bosch, 1999.
- Oramas Leuro, Ana Victoria, *Introducción al Derecho de Autor: Nociones Básicas*, San José, (OMPI/DA/JU/COS/97/1), 1997.
- Pachón, Manuel, *Propiedad Industrial y Derecho Comunitario Andino*, Bogotá, Ediciones legales, 1990.
- Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*, Madrid, Cultural S.A., Tomo II, 1942.
- Poblano, José F., *El acuerdo sobre propiedad intelectual del GATT: lecciones para el futuro*, s/e, México, 1994.
- Proaño Maya, Marco, *El Derecho de Autor con referencia especial a la legislación ecuatoriana*, Quito, Central de Publicaciones, 1972.
- Proaño Maya, Marco, *El Derecho de Autor. Un Derecho Universal*, Quito, Editorial El Gran Libro, 1993.

- Puig, Brutau, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona, Bosh Casa Editorial S.A., Tomo III, Vol. II, 1970.
- Rengifo García, Ernesto, *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Ripert, Georges y Boulanger, Jean, *Tratado de Derecho Civil según Tratado de Planiol*, Buenos Aires, Ediciones La Ley, Tomo VI, 1965.
- Rubio, Felipe, *La obra como objeto del Derecho de Autor*, San José, Secretaría de Integración Económica Centroamericana y Centro Regional para el Fomento del Libro en América y el Caribe, 1998.
- Salvat, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Buenos Aires, Editora Argentina, 1962.
- Sherwood, Robert M., *Los sistemas de propiedad intelectual y el estímulo a la inversión: evaluación y comparación de 18 sistemas en países en vías de desarrollo*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1997.
- Sherwood, Robert, *Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1992.
- Strong, William S., *El libro de los derechos de autor: guía práctica*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1995.
- Uchtenhagen, Ulrich, “Limitaciones y licencias obligatorias o legales”, *Memoria sobre los Derechos Conexos*, Bogotá, Dirección Nacional del Derecho de Autor, 1991.
- Varios autores, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo – Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, Editorial Tecnos, 1993.
- Villalba, C., “Introducción a los tratados internacionales en materia de derecho de autor”, *Revista La Propiedad Industrial*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1980.

- Villalba, Carlos Alberto, “Los derechos de autor en el GATT”, en *DAT*, año IV, N° 45, 1992.
- Vogel, J. (ed.), *El Cártel de la Biodiversidad: transformación de conocimientos tradicionales en secretos comerciales*, Quito, CARE, Proyecto SUBIR, 2000.
- Conferencia presentada en Quito en 1997, en el Seminario Nacional de la OMPI sobre derechos de autor y derechos conexos para diplomáticos: “Nociones básicas de derechos de autor y derechos conexos”.
- Conferencia presentada en Quito en 1997, en el Seminario Nacional de la OMPI sobre derechos de autor y derechos conexos para diplomáticos: “Los autores de las obras literarias y artísticas”.
- Normativa sobre Propiedad Intelectual, SOBOC GRAFIC, 2003 (Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador de 1998; Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas; Decisión 351 sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Comunidad Andina; Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión; Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC); Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor).
- Convención Interamericana sobre Derechos de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas de 1946.
- Convención Universal sobre los Derechos de Autor.
- Acuerdo entre el gobierno de Ecuador y el gobierno de Estados Unidos de América sobre la protección y el cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual.
- Juicios entablados sobre el caso Endara Crow y sus talleristas.
- Notas de prensa sobre estos litigios.

- Resolución dictada por la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos del IEPI, en la Acción de Tutela Administrativa que siguió Dayuma Guayasamín Deperón y otras en contra de la Compañía Talleres Guayasamín.
- www.sice.oas.org.
- www.sayce.com.
- www.zator.com.
- www.rebelion.org.
- www.wsis-pct.org
- www.wsis-pct.org
- www.wipo.org/spa/meeting/infdat

ANEXO 1

Mapa de ciertos antecedentes históricos generados en materia de derechos de autor hasta el Convenio de Berna de 1886

Segunda mitad del siglo XV – invención de la imprenta – por la multiplicación de ejemplares, la obra mereció un valor económico más significativo y una comunicación más directa entre el autor y los lectores.

1470 – empiezan los privilegios o regalías a libreros-impresores para la explotación exclusiva en monopolio de obras.

1709 – *Acta de la Reina Ana* – aunque limitado solo a libros, por primera vez se otorga derecho a los autores.

1764 – Real Orden dictada por el rey Carlos III de España – se reconocen los derechos de autor como integrados a su personalidad, declarando que los privilegios concedidos a los autores no se extinguen por su muerte sino que pasan a sus herederos.

1789 – con la Revolución Francesa se consigue que los derechos de autor sean considerados como derechos del hombre y dignos de protección.

1791 – Decreto de la Asamblea Nacional de Francia sobre derechos de representación de obras dramáticas.

1791 – una ley francesa reconoce derechos exclusivos a los autores de obras dramáticas o musicales, por sus representaciones públicas hasta 5 años después de la muerte del autor.

1793 – Ley de la Convención de Francia – consagró el exclusivo derecho del autor para todas las obras del ingenio y comprendía a escritores, pintores, compositores y dibujantes.

Inicios del siglo XIX – se extiende la piratería de libros por toda Europa, lo que ocasiona que a mediados de este siglo empiece el despegue de una protección internacional y se generen varias reuniones con este fin.

Siglo XIX – también se empieza a suscribir una serie de acuerdos bilaterales, cuyo objetivo era el de establecer reciprocidad, esto es, que los países se comprometieran a dar a los autores extranjeros el mismo trato que a sus nacionales.

1852 – en Francia se promulga un decreto por el cual el país extiende la protección de sus leyes para todos los trabajos publicados en el extranjero.

1858 – Congreso sobre Propiedad Literaria y Artística celebrado en Bruselas, con la participación de 300 delegados.

1877 – Congreso internacional celebrado en Antwerp para conmemorar el tercer centenario del nacimiento de Rubens, se demanda la creación de una ley universal para las creaciones artísticas.

1878 – organizado por la *Société des gens de lettres* se convoca a un congreso literario internacional en París. Se hace un llamado al gobierno francés para que éste convoque a una conferencia internacional, para establecer una convención uniforme sobre la protección de la obra literaria.

1878 – se establece la Asociación Literaria Internacional, organismo que abre sus puertas para todas las sociedades literarias y para los escritores de cualquier país. Al incluir para su protección a las creaciones artísticas, su nombre cambia al de Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI).

1883 – la ALAI convoca a una conferencia diplomática en Berlín, con el objetivo de crear una Unión de Propiedad Literaria. Finalmente surge una convención de 10 artículos.

1885 – el Consejo Federal Suizo cita para una reunión en Berna, con el fin de preparar disposiciones que luego se someterían a consideración de los gobiernos representados en la conferencia.

1885 – tiene lugar otra conferencia en Berna, en la que la participación de las naciones se hace a título de observadores, por lo que no se logra tampoco el objetivo de la unión internacional.

6 de septiembre de 1886 – 10 naciones suscriben finalmente el Convenio de Berna.

Fuentes: *El Derecho de Autor. Un Derecho Universal* y *El Derecho de Autor con referencia especial a la legislación ecuatoriana* de Marco Proaño Maya; Ensayos de Jorge Luis Borges; *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor* de Ernesto Rengifo García; *Tiempos Modernos* de Enrique Del Percio; *El Derecho de Autor y los Derechos Conexos en los Umbrales del siglo XXI* de Carlos Fernández, y *Cómo juega el Derecho de Autor en las Convenciones Internacionales* de Enrique Avellán.

Elaboración: el autor.

ANEXO 2

Cronología de la incorporación de Ecuador a los principales convenios internacionales sobre derechos de autor

- Convención Interamericana sobre Derechos de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas de Washington de 1946.- Ecuador la aprobó mediante Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente, en enero de 1947, publicado en el Registro Oficial N° 803 de 6 de febrero de 1947. Fue ratificada por Decreto Ejecutivo N° 181-9 de 1 de febrero de 1947, publicado en el Registro Oficial N° 850 de 3 de abril de 1947.
- Convención Universal sobre Derechos de Autor de Ginebra de 1952.- Ecuador la aprobó mediante Decreto Legislativo de 5 de noviembre de 1956 y la ratificó por Decreto Ejecutivo número 476 de 31 de diciembre de 1956, publicado en el Registro Oficial N° 194 de 24 de abril de 1957.
- Convención de Roma de 1961 sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.- Ecuador, mediante Decreto Supremo N° 811 del 29 de octubre de 1963 e Instrumento de Ratificación de 26 de noviembre de 1963, publicado en el Registro Oficial N° 137 de 24 de diciembre de 1963, ratificó esta Convención.
- Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas de Ginebra de 1971.- Ecuador forma parte de este Convenio desde su ratificación que se publicó en el Registro Oficial N° 503 del 1 de marzo de 1974.
- Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886.- Ecuador lo ratificó en el Registro Oficial N° 844 de 2 de enero de 1992.
- Decisión 351 Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos de 1993.- fue expedida en Lima el 17 de diciembre de 1993 y publicada en Ecuador, en el Registro Oficial N° 366 de 25 de enero de 1994.
- Convención Multilateral tendiente a evitar la doble imposición de las regalías por Derechos de Autor de 1979.- se encuentra promulgada en el Registro Oficial N° 565 de 10 de noviembre de 1994.
- Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC).- fue ratificado por nuestro país en el Registro Oficial Suplemento N° 977 de 28 de junio de 1996.
- Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor de 1996.- fue ratificado por Ecuador en el Registro Oficial N° 711 de 25 de noviembre de 2002.
- Tratado de la OMPI sobre Interpretación o ejecución de Fonogramas de 1996.- fue ratificado por nuestro país en el Registro Oficial N° 711 de 25 de noviembre de 2002.

Fuente: *Manual Legal de la Propiedad Intelectual*, Tomo I - Guía Práctica; *El Derecho de Autor. Un Derecho Universal* y *El Derecho de Autor con referencia especial a la legislación ecuatoriana* de Marco Proaño Maya, y *Normativa sobre Propiedad Intelectual*.

Elaboración: el autor.

ANEXO 3

Sociedades de gestión colectiva que funcionan en Ecuador y el año de su creación

1. Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos (SAYCE), creada en 1977, es regulada por un Reglamento Orgánico Funcional y adquirió personería jurídica mediante Acuerdo Ministerial N° 755, publicado el 28 de enero de 1977.
2. Sociedad de Autores Cinematográficos del Ecuador (ASOCINE), creada en 1977.
3. Sociedad Ecuatoriana de Escritores (SEDE), creada en 1981.
4. Fundación Ecuatoriana de Promoción Informática, creada en 1994.
5. Asociación Ecuatoriana de Software, creada en 1995, se le confirió personería jurídica mediante Decreto Ejecutivo N° 2735, publicado en el Registro Oficial N° 705 de 30 de mayo de 1995.

Fuente: *Manual Legal de la Propiedad Intelectual*, Tomo I – Guía Práctica; página web www.sayce.com.

Elaboración: el autor.

ANEXO 4

Entrevista al Dr. Marco Navas, Asesor de ILDIS y estudioso del Derecho de Autor

1. ¿Por qué Ecuador incorporó tan tardíamente (1992) dentro de su ordenamiento jurídico interno al Convenio de Berna?

Por la baja importancia del tema de los derechos de autor en el país y también por el desinterés de las autoridades competentes. En otras palabras, por la falta de voluntad política, desinterés y desconocimiento del tema. Pero, en el 92 hubo algún impulso de la Cámara del Libro para que se aprobaran estos convenios. En definitiva, en el contexto de la inacción, algún actor se interesó por esto, además, desde ese tiempo, se promueve la reforma a la Ley del Libro.

2. ¿Cuál es el verdadero trasfondo que se maneja acerca de la perspectiva de ubicar al software como derecho de autor o dentro de la propiedad industrial?

El trasfondo sobre todo está dirigido a que se protejan a los productores de software. La problemática del software se expresa en la necesidad de encontrar formas, en las que exista equilibrio entre los intereses de los autores con los usuarios, en lo que ahora se llama la sociedad de información. Más que a través de qué figura se lo protege, lo importante es balancear los intereses entre usuarios y propietarios. Gobiernos como los de Colombia, Brasil y Argentina están promoviendo el denominado ‘código abierto o libre’, que son aquellos programas que, por la naturaleza de su uso, se puede ir cambiando su configuración y están sujetos a una menor protección o a una protección distinta a costos bajos. Lo importante sería que se establecieran consideraciones a favor de los usuarios y de los países pobres y no solo a favor de los productores.

3. ¿En qué medida Estados Unidos presionó a Ecuador para que se expidiera la Ley de Propiedad Intelectual de 1998?

En 1998 yo trabajaba en el Congreso y me consta que hubo una presión directa para que se expidiera esa ley. Hubo un *lobby* muy intenso por parte de los legatarios de los productores de software (Software Aliance Ecuador) que argumentaban que solo en Guayaquil se había decomisado en pocos meses alrededor de 56 software piratas y que, con la nueva ley, se facilitaría la lucha en contra de la falsificación y de las copias piratas que habían generado pérdidas por 12 millones de dólares para los propietarios.

4. Si se copia el estilo de un pintor, ¿se incurre en el delito de plagio?

El concepto general de plagio es tomar como propia una obra ajena. Para Manuel Pachón se protege no la idea sino la expresión de la idea, eso no es propiamente el estilo, pero el estilo sería una

condición de cómo proteger la expresión de esa idea. El estilo entonces es una condición que dé cuenta de la similitud o no de una obra. Tomando en cuenta que el conocimiento es universal, lo que se protege en el derecho de autor es el cómo estás expresando ese conocimiento. Para ser más claros, el estilo sería el conjunto de condiciones que llevan a un modelo determinado de la obra, en este sentido, si se arguye que se ha copiado el estilo, es controvertible que haya plagio.

ANEXO 5

Fuente: Diario *El Comercio*, 26 de enero de 2004, pp. B1 y B6.

ANEXO 6

Fuente: Diario *HOY*, 2 de febrero de 2004, p. B5.

ANEXO 7

Fuente: Contrato de edición suscrito entre Editorial LIBRESA y el escritor Marco Antonio Rodríguez.

ANEXO 8

Estudio de la Ley de Derechos de Autor de 1976

• Ámbito y principios de territorialidad y de reciprocidad

En sus primeros artículos y dentro de su ámbito exclusivo, esta Ley ubica a la regulación del régimen de los derechos de autores de obras literarias, artísticas y científicas. El principio de territorialidad, al ser una ley interna, se pone de manifiesto, cuando en su artículo 4 limita su protección a las obras de autores ecuatorianos y de extranjeros domiciliados en nuestro país. Sin embargo, por las múltiples posibilidades que se derivan del derecho de autor, en el artículo 5 habla, en cambio, del principio de reciprocidad, por el que las obras de autores domiciliados en otro país tendrían igual protección que la otorgada por el Estado donde esté domiciliado el autor, a las obras de autores ecuatorianos domiciliados en Ecuador. Este último principio resulta importante, porque de lo contrario se hubiesen producido vacíos legales o desamparo de derechos para las obras de autores ecuatorianos no domiciliados en nuestro país. En cuanto a la propiedad material de la obra, la Ley argumenta que los derechos de autor son independientes a ella, esto para que se facilite el reconocimiento de los derechos de autor.

• Requisitos

En lo que tiene que ver con los requisitos para obtener su protección, lo único que señala la Ley es la creación de la obra, sin que sea necesario ningún tipo de registro. Sin embargo, este último punto produce confusión y cierta incongruencia jurídica, pues el artículo 110 de esta Ley crea el Registro Nacional de Derechos de Autor, organismo adscrito al Ministerio de Educación, y el literal a) del artículo 111 señala que en este Registro se inscriban “las obras que presenten sus autores para ser protegidas”. Analizado a la distancia, vemos que la creación de este Registro no tuvo ninguna funcionalidad práctica ni fue creado como un ente administrativo competente para propiciar y fomentar los derechos de autor a nombre del Estado ecuatoriano, sino que más bien respondió a la idea de engrosar aún más el ente burocrático de nuestro Estado, que era la tendencia en la década del *boom* petrolero.

• Obras protegidas

En cuanto a las obras protegidas, esta Ley dirigía su protección, como lo dejamos entrever, hacia las creaciones científicas, literarias y artísticas. El listado que la Ley elabora, aunque no es taxativo, creemos que resultó innecesario emplear para las traducciones y adaptaciones la frase “en lo que tengan de creaciones personales y originales”, porque es obvio que si se habla de traducciones y adaptaciones, a menos que se trate de copias textuales de otros trabajos, algo tendrán de personal y original. En su lista,

mencionaba todos los géneros literarios, los musicales para el teatro, cine, radio y televisión, las conferencias, alegatos en derecho y las obras plásticas y arquitectónicas. En lo que tiene que ver con la obra científica, la protección estaba dirigida solo a su forma literaria. No aclarar lo relativo a la protección en la obra científica hubiese provocado conflicto de normas con la Ley de Patentes de Exclusiva Explotación de Inventos, también expedida en cuerpo separado en 1976.

• **Titulares del derecho, derechos morales y económicos**

En lo relativo al sujeto activo de los derechos, a los derechos morales y a los económicos, no tenemos mayores objeciones, su planteamiento es conciso y acorde con su tiempo. Esta Ley determinaba, como ya lo visualizamos, que solo la persona natural puede ser autor y que la persona jurídica ejercerá los derechos de autor como “titular derivado”. A los derechos morales, los consideraba perpetuos, inalienables, imprescriptibles e irrenunciables y eran los siguientes: a) Reivindicar la paternidad de su obra; b) Publicar, modificar y terminar su propia obra o autorizar a una tercera persona para hacerlo; c) Mantener la obra inédita; d) Conservar su obra en el anonimato; e) Oponerse a cualquier tipo de deformación; y, f) Retirar su obra de poder del empresario o usuario después de haber autorizado su uso.

En lo que se refiere a los derechos económicos, se consideraba que el autor, por sí mismo o autorizando su uso a terceros, tenía el derecho de utilizar económicamente su obra, en particular en estos derechos: en la reproducción, en la divulgación, en la exposición, en la transformación y en la traducción. Así mismo, los derechos económicos derivados de la utilización pública de una obra eran considerados irrenunciables para su autor y, en caso de muerte, se transmitían a los herederos.

De las disposiciones que anteceden se infiere lo siguiente: a) que la ley otorgaba derechos tanto al autor como al ‘titular derivado’; b) que a los derechos morales se pretendía no solo reivindicar sino también robustecer; y, c) que a los herederos, en caso de muerte del autor, también se les concedía derechos económicos.

• **Contratos**

De otra parte, en el Art. 32 de la ley en referencia se mencionaban como requisitos, para que un contrato sobre autorizaciones de uso de obras fuera válido, que sean por escrito, onerosos y por un tiempo máximo de 10 años. Para el pacto de los derechos económicos del autor, la Ley estipulaba que éstos se convendrán libremente por las partes, con sujeción a su artículo 26 que determina que los derechos económicos no podrán ser inferiores a la cuantía mínima legal que establecerá cada 2 años el Ministerio de Educación, previo informe de la sociedad de autores respectiva. Además, se exigía que una copia del

contrato fuera remitida a la sociedad autoral correspondiente y luego su inscripción en el Registro Nacional de los Derechos de Autor. Diferencia dos tipos de contratos sobre autorización de uso público de una obra: simples (empresario y autor o terceros autorizados utilizan la obra pública concurrentemente) y exclusivos (solo el empresario tiene la facultad para utilizar la obra públicamente). De esta manera, queda explícito que, dentro del régimen de autorizaciones que esta ley prevé, está presente la concepción monista de los derechos de autor que, únicamente contempla la concesión de derechos de utilización o autorización de uso de las obras y no la cesión de éstas.

En esta misma sección, la norma de 1976 enuncia varios tipos de contrato, con sus propios contenidos, especificidades, limitaciones y obligaciones, entre los que constan: el de Edición, de Fijación Fonomecánica, de Radiodifusión, de Fijación Cinematográfica y de Representación. Concede, además, el derecho de participación a los artistas plásticos, al disponer que tendrá derecho a un 5 por ciento del precio de su obra de arte, en caso de reventa en la que intervenga un comerciante.

En definitiva, en la sección dedicada a los contratos, se pone de manifiesto el espíritu tutelar que esta Ley pretendía dar al autor de la obra literaria, artística o científica, frente a posibles abusos por parte del editor, del productor cinematográfico o del empresario en general, que se supone constituía y a nuestro criterio sigue constituyendo la parte poderosa de la relación.

• Limitaciones a los derechos económicos y tiempo de protección

En relación con el tema de las limitaciones a los derechos económicos del autor, con las obvias modificaciones fruto de la evolución histórica, estamos convencidos de que se encuentra contemplado en cualquier ley actualmente en vigencia de derechos de autor, proveniente del orden interno de un país o de un convenio internacional.

De otro lado, la protección que otorgaba esa Ley era por toda la vida del autor y por el plazo de 50 años después de su muerte. En el caso de obras póstumas, los 50 años corrían desde la fecha de la muerte del autor; en el de obras anónimas si en el plazo señalado, a partir de la fecha de la primera publicación, no se conocía al autor, pasaba a dominio público. También estipulaba que terceras personas, luego de 15 años de la muerte del autor, si no hubieren dispuesto lo contrario, podían reeditar o traducir las obras del causante, pagando a los sucesores los derechos que correspondan. Además, se sostenía que las obras pasaban al dominio público una vez fenecidos los plazos de protección o antes si el autor no tenía herederos. Observamos que la regla general de los plazos de protección era amplia, sin embargo, la norma que tiene que ver con la reedición o traducción de las obras del causante, luego de transcurridos 15 años de

su muerte, la consideramos realmente innecesaria, puesto que a los 15 o antes de los 50 años, en que los plazos de protección de la obra terminen, el editor al pretender reeditar o traducir las obras del causante, de igual manera, debía pagar a los sucesores sus derechos. Así mismo, creemos que la disposición relativa a que las obras pasaran al dominio público antes de fenecidos los plazos de protección, si el autor no tenía herederos, es ambigua, pues se la puede interpretar como que el plazo de protección de una obra, en esas circunstancias, podía culminar desde el momento mismo de la muerte del autor o en cualquier época antes de que se cumplieran 50 años de su fallecimiento.

• Excepciones

Por otra parte, lo que no entraba dentro del ámbito de su protección era lo siguiente: a) La publicación o reproducción de fragmentos de una obra protegida con fines no comerciales; b) La ejecución de obras musicales destinadas a la docencia; c) La reproducción de artículos o comentarios sobre sucesos de actualidad y de interés colectivo publicados por periódicos o difundidos por radio o televisión; d) Las conferencias o discursos podían publicarse con fines de información, pero circulando de forma gratuita; e) Las lecciones dictadas en centros educativos podían ser anotadas, pero no publicadas sin autorización del autor; y, f) Los monumentos y demás obras artísticas que adornen lugares públicos podían ser reproducidos por la fotografía o el dibujo y era lícita la publicación y venta de los ejemplares.

Para otro tipo de publicaciones o divulgación de obras, la norma de 1976 disponía lo siguiente: para publicar piezas judiciales que no constaban en la *Gaceta Judicial*, la autorización del juez respectivo; para escritos de abogados, la autorización de éstos; las producciones de empleados públicos podían ser reproducidas, pero respetando los derechos morales correspondientes; la publicación de cartas, con autorización del autor; y, finalmente, el derecho de reproducir artículos periodísticos correspondía a la empresa periodística.

En estos puntos, aparte de manifestarse en esta Ley, una vez más, su tendencia proteccionista dirigida hacia el autor, se vislumbra también que uno de los objetivos que persiguió también estuvo encaminado a respetar los derechos de los usuarios.

• Sociedades de autores

El siguiente punto que abordó la Ley en referencia fue el de las sociedades de autores. La doctrina las ubica como organizaciones privadas que tienen a su cargo el ejercicio de los derechos de autor y derechos conexos en representación y defensa de los intereses de los titulares de dichos derechos. En el caso particular de Ecuador, el motivo de su inclusión, dada la ausencia de este tipo de instituciones hasta

1977 –mantenemos– respondió a la necesidad de concienciar en los autores en general la idea de que organizados van a ser más respetados sus derechos que de forma individual. Se pretendía a través de las sociedades de autores, de una u otra forma, fomentar la cultura y la producción intelectual del país y la lucha por lograr mayores beneficios económicos y sociales para los creadores, finalidades con las que creemos deben manejarse este tipo de sociedades y que, aunque con limitantes, las recoge esta Ley en sus literales a) y c) del artículo 105. Así mismo, servían como un enclave entre los autores y la Ley para su aplicación y cumplimiento. De esta manera, esta norma las conceptualizaba como personas jurídicas de derecho privado que podían constituirse según el género de creación de las obras. Como requisitos para su funcionamiento legal, se exigía que sus estatutos debían aprobarse por el Ministerio de Educación e inscribirse en el Registro Nacional de los Derechos de Autor.

• Procedimiento y actos violatorios

En cuanto al procedimiento por actos violatorios de esta Ley, creemos que las dos vías que se establecían: la civil y la penal, no se contraponían con las disposiciones civiles y penales de orden general, y más bien coadyuvaban para una justicia ágil y no entrampada, esto último siempre y cuando jueces y abogados en libre ejercicio supieren utilizar acertadamente las estipulaciones ahí establecidas.

Elaborando una síntesis de los actos violatorios, mencionaremos los que tenían implicaciones tanto civiles como penales: a) La inscripción de una obra ajena como propia; b) La publicación de una obra sin la autorización del autor; c) La reproducción de ejemplares de una obra en mayor número que el autorizado por el autor; d) La publicación de ejemplares en los que de alguna forma se altere el nombre del autor o el título de la obra; e) El plagio; y, f) La alteración de una creación intelectual.

En caso de infringir cualquiera de estos actos, en el campo civil, se podía demandar tres derechos: la cesación de los actos violatorios; el comiso de los ejemplares objeto de la infracción; y, la indemnización de daños y perjuicios. La Ley disponía que, sin perjuicio de la acción penal, la demanda, una vez propuesta ante el juez de lo civil, éste lo tramitaría en juicio verbal sumario, de su fallo se concedería recurso de apelación solo del efecto devolutivo y la sentencia de la Corte Superior causaría ejecutoria. El juez podía, a solicitud del titular de los derechos de autor y con prueba justificatoria, ordenar el secuestro de todos los ejemplares de la obra.

En los casos con implicaciones penales, la Ley era por demás clara al disponer que, en los casos previstos con sanciones penales, el juicio solo se iniciaría por acusación particular y que el juez de lo penal sustanciaría la causa con lo establecido por el Código de Procedimiento Penal. Para el caso de plagio, la ley

preveía un trámite especial. Así, de acuerdo al artículo 132, en la primera providencia, el juez debía ordenar de oficio que una comisión integrada por delegados del Ministerio de Educación, de la Casa de la Cultura Ecuatoriana y de la sociedad autoral respectiva, emitiera un dictamen sobre el hecho delictuoso y solo a partir de ahí, de encontrar mérito en el dictamen, el juez procedería a instruir el sumario.

• **Derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes**

El último punto que abordó nuestra Ley interna de 1976 es el que tiene relación con los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes. Aunque todavía no se incorpora la designación de derechos conexos y advirtiendo que los derechos de autor son preferentes a los de ellos, la Ley les otorgaba un derecho a una retribución por su interpretación o ejecución, cuyo monto sería regulado por el Art. 32 de la Ley, el referente a los contratos en general. La protección que se preveía a favor de ellos comprendía la facultad de impedir: a) La difusión pública de sus interpretaciones o ejecuciones; b) La fijación, sin su consentimiento sobre un soporte material, de sus interpretaciones o ejecuciones; c) La reproducción, sin su consentimiento, de la fijación de su interpretación o ejecución; y, d) Que se menoscabe la integridad de su interpretación o ejecución o que se omita su nombre.

Finalmente, eran 25 años los que la Ley concedía como la duración de la protección, contados a partir de la fijación de la interpretación o ejecución, en cualquier forma o medio previstos en esta ley. De cualquier manera, las disposiciones sobre este tema son más bien básicas, por lo que parece que no hubo un estudio previo de la Convención de Roma de 1961 para elaborar este apartado.

Fuente: Registro Oficial N° 149 de 13 de agosto de 1976

Elaboración: el autor

ANEXO 9

Distinciones entre los Derechos de Autor derivados del Derecho Continental y la institución jurídica anglosajona denominada Copyright

- a) El Copyright hace un reconocimiento más limitado de los derechos personales del autor, en relación con el derecho de autor latino;
- b) El derecho de autor se basa en el acto de creación como el momento para declarar la existencia de la protección, en tanto que el copyright requiere la inscripción para reconocer su protección y por ello, en el Derecho Continental, las obras intelectuales reciben protección a partir del momento en que fueron creadas, iniciándose los plazos de protección con la muerte del autor, mientras que para el copyright la protección se otorga con el propósito de permitir la publicación de la obra (no su divulgación, sino la posibilidad de realizar ejemplares impresos de la misma) y los plazos de protección de la obra se inician con su primera publicación;
- c) El contenido moral de los derechos de autor se encuentra contemplado expresamente en las leyes que se dictan en los sistemas continentales de derechos de autor, mientras que en el copyright, en el caso que se encuentren reconocidos, los derechos morales del autor han sido derivados del *Common Law* y, por ende, no son incluidos en una normativa escrita, sino que son los tribunales de justicia los encargados de identificar las diversas facultades de índole no patrimonial que el autor debe gozar; y,
- d) Las facultades de explotación económica de la obra son más amplias en los sistemas de derechos de autor, el copyright otorga a su titular tan solo aquellos derechos patrimoniales consagrados en la ley. A pesar de las diferencias señaladas, desde las últimas reformas del Convenio de Berna de 1971, se busca un “efecto armonizador” entre ambos tipos de protección.

Fuente: *Nuevos desafíos a los derechos intelectuales: la problemática de la industria relativa a las obras musicales en la era de Internet* de Federico Martínez Monge y Cynthia Morales Herra.

Elaboración: el autor

ANEXO 10

Resumen sobre algunas consideraciones básicas acerca de la piratería de la música

- a) El desarrollo de la tecnología para digitalizar las obras musicales, la enorme difusión de los elementos tecnológicos que permiten el fácil y cómodo acceso a ellas, como son los discos compactos, el formato *MP3* de compresión de información digital e Internet, han producido una gran problemática para la industria de la música, pues mediante la utilización de estas tecnologías han surgido múltiples posibilidades de dar usos no autorizados a los fonogramas de obras musicales, lo cual ha incidido en el incremento, precisamente, de la ‘piratería de la música’.
- b) Esta problemática ha alcanzado tales dimensiones que inclusive estudiosos de la materia han cuestionado no solo la efectividad de la legislación que contempla los derechos de autor, sino también su posible defunción, en virtud de que, no obstante que esta normativa se encuentra en franca evolución y continuas reformas, no es suficiente para impedir que se realicen actos ilícitos, y además porque las autoridades no logran –dada sobre todo por la naturaleza de Internet– hacer efectiva la observancia de tales derechos.
- c) Con el desarrollo del sistema de compresión de información digital llamado *MP3*, se completó el universo tecnológico que hoy hace posible la difusión masiva de obras musicales a través de Internet. De esta manera, el formato *MP3* ha generado una gran cantidad de servicios que han permitido a los consumidores, productores de equipos, comerciantes, autores y casas disqueras la utilización de material digital de audio.
- d) Estos acontecimientos han producido que los titulares de los derechos demanden a los tribunales de justicia la legitimidad de la nueva tecnología, el cese de las infracciones a sus derechos y el resarcimiento económico por el daño sufrido. Así, las casas disqueras de Estados Unidos –aunadas en la Asociación Americana de la Industria de la Grabación– han demandado a algunas empresas o personas que han desarrollado la tecnología que facilita las violaciones de sus derechos de autor o conexos.
- e) La facilidad de las violaciones y la dificultad en la detección y aplicación de la ley ha obligado a que los titulares de los derechos de autor y derechos conexos busquen elementos tecnológicos y no solo legales para la protección de sus obras.
- f) El desarrollo tecnológico presenta dos disyuntivas: el estado actual de artefactos tecnológicos que permiten la reproducción de las obras protegidas, (quemadores de discos compactos o formato *MP3*); y en la actualidad también impedir la aludida reproducción (sistemas de codificación y creación de discos compactos no reproducibles).

g) La fabricación de discos compactos, que no pueden ser reproducidos, inutilizaría tanto el empleo de quemadores de discos compactos, como la elaboración de copias en las computadoras y, con ello, su distribución por medio de Internet.

h) La codificación de la información obligaría a los usuarios a adquirir una clave o “llave” que permita realizar el proceso de descodificación y, con ello, acceder al material protegido.

i) La inclusión de limitaciones en la obra permitiría únicamente poner a disposición del público una fracción de la obra musical.

j) La identificación de las obras musicales por medio de sistemas como las ‘marcas de agua’ (‘watermark’), que no impiden la reproducción de las obras musicales, pero al menos otorga información sobre el titular de los derechos y sobre el lugar de distribución.

k) Las empresas disqueras deben vender la música a un menor precio y hacerla más accesible para el público.

l) Se debe pensar –como ya lo están haciendo algunos músicos para aumentar su volumen de ventas en discos compactos– en regalar una porción del producto total en Internet como una forma de atraer más al público.

Fuente: *Nuevos desafíos a los derechos intelectuales: la problemática de la industria relativa a las obras musicales en la era de Internet* de Federico Martínez Monge y Cynthia Morales Herra.

Elaboración: el autor

ANEXO 11

Resumen de las observaciones que la UNESCO expuso sobre las bases de datos dentro de la OMPI en una reunión celebrada en Ginebra, en 1997

- a) Recomendó que la protección que se otorgue a la producción y difusión comerciales de las bases de datos debe ser consecuente con la función y la finalidad de la información difundida en la sociedad bajo esta forma y que el ‘sistema sui géneris’ de protección –que fue planteado con ocasión de las sesiones de Comité de Expertos sobre un posible Protocolo al Convenio de Berna, celebradas en febrero y marzo de 1996–, al conferir a los productores de bases de datos amplias prerrogativas, puede generar incertidumbres sobre todo en la comunidad científica, ya que no toma en cuenta la función de los datos en la promoción de la investigación científica y en el desempeño de tareas de interés general.
- b) En este sentido, se pronunció a favor del ‘sistema sui generis’, siempre y cuando este sistema contemple una protección fundada en el equilibrio entre la necesidad de proteger al productor de bases de datos contra la competencia comercial desleal y la necesidad de asegurar la libre circulación de los datos al servicio de la investigación científica.
- c) En cuanto a las normas que rigiesen el intercambio entre las bases de datos financiadas con fondos públicos de estados o de las instituciones internacionales y las bases de datos pertenecientes al ámbito de la competencia comercial, la UNESCO opina que para su determinación hay que tomar en cuenta la naturaleza y la finalidad de sus funciones. Así, expuso que la función que cumplen las bases de datos financiadas por los estados o las instituciones de cooperación internacional es de servicio del interés general y de promoción de la ciencia, por lo que las reglas que deben regir los intercambios entre este tipo de bases de datos y las producidas con fines comerciales no deben responder a la explotación competitiva propia del comercio.
- d) Sostuvo además que, para la comunidad científica, el interés general que está en el origen de las bases de datos, producidas por instituciones públicas, justifica el hecho de que sus productores tengan acceso libre a todas las fuentes de datos, para actualizar tales bases y mejorar su funcionamiento, más aún si se considera que el acceso a este tipo de bases de datos es en general libre para todos los usuarios, solo a costo de producción y difusión. La excepción a esta regla que planteó la UNESCO se deriva únicamente en las bases de datos relacionadas con la seguridad nacional y la vida privada.
- e) En cuanto a la reproducción de las bases de datos con fines comerciales, la UNESCO estimó que esta reproducción puede someterse a condiciones específicas, en función de las necesidades y aplicaciones

eventuales, con la finalidad de asegurar una amplia difusión de los datos en condiciones económicas óptimas para los usuarios.

f) Así mismo, consideró que las relaciones de la comunidad científica con los productores de bases de datos deben obedecer a normas específicas, dictadas por la necesidad de facilitar el trabajo de investigación científica, por lo que los intercambios de datos necesarios a los científicos deben regirse por un modelo de mercado, basado en la cooperación y apartado de las reglas aplicables a la explotación comercial de las bases de datos. En esta medida, la UNESCO consideró que no solo los científicos accederían libremente a las bases de datos de cualquier fuente, con la simple participación en los gastos de producción y de transmisión de esos datos, sino también los sectores educativo, cultural e informativo deben beneficiarse libremente del uso leal (*fair use*) de las bases de datos por el desempeño de su misión de servicio público.

g) En lo que tiene que ver con la duración de la protección a los productores de las bases de datos, la UNESCO ponderó que ésta debe ser razonable y responder a conciliar la necesidad de cubrir el tiempo para amortizar la inversión y la necesidad de poner los datos a disposición de los usuarios, en el momento apropiado para su explotación útil.

Fuente: www.wipo.org/spa/meetings/infdat

Elaboración: el autor

ANEXO 12

Análisis de los juicios en torno al caso del pintor Gonzalo Endara Crow

• Antecedentes

Con el fin inequívoco de describir el panorama práctico –no el único– en el que se desenvolvían y sustanciaban los litigios, en los que estaban envueltos los derechos de autor, durante la vigencia de la Ley de Derechos de Autor de 1976 en nuestro país, hemos creído pertinente incluir como anexo el análisis de los juicios que se generaron en torno a la figura del conocido pintor ecuatoriano Gonzalo Endara Crow.

En esa línea, aclaramos que, a finales de los años 80 y para ser más exactos entre 1988 y 1989, se suscitó un escándalo de grandes proporciones alrededor de Endara Crow y varios de los talleristas que trabajaron durante muchos años con él. Escándalos de orden tanto ético como jurídico, en los que, aparentemente, los talleristas vulneraron los derechos de autor del mencionado pintor. De esta manera, Endara Crow entabló varios juicios penales en contra de sus talleristas por falsificación de firma y plagio de obras de arte y otros tantos, por injurias y robo.

De esta forma, al menos los procesos penales que inició Endara Crow en contra de sus talleristas, por falsificación de firma y plagio de obras de arte, tuvieron su esencia en materia de derechos de autor. En efecto, lo que pretendía, sin lugar a dudas el pintor, por medio de sus querellas penales, era cortar de raíz el supuesto plagio del que argumentaba ser objeto su arte pictórico y así dejar a buen recaudo su nombre y su patrimonio.

Sin embargo, no es ninguna novedad que, más allá de tener o no la razón moral y jurídica en los litigios que emprendió, el nombre de Endara Crow quedó manoseado y, a causa de esta situación, empezó su lento proceso de desprestigio que concluiría con su muerte física. El pintor fue considerado como un personaje que generaba adeptos y detractores, tanto humanamente cuanto por su obra. Todo en su vida fue muy fulgurante, en pocos años, consiguió fama a nivel mundial. En algunos países, fue el único pintor ecuatoriano reconocido y sus obras alcanzaron precios exorbitantes en galerías cuyo celo profesional no admitía a otros pintores latinoamericanos. Se lo tildó de ambicioso, individualista y se polemizó respecto de su obra artística calificándola de “estética” de una “estética de la complacencia”; se habló así mismo hasta la extenuación de que su obra era eminentemente comercial, que los paisajes de ensueño que promovía su arte, los trenes atravesando el espacio, los caballos deslizándose en el paisaje como portadores de campanas, los peces incrustándose en lugares mágicos de la serranía, las bandas de pueblo apoderándose de

montañas, los huevos de insólitos tamaños emergiendo de las entrañas de nuestra cotidianidad, no reflejaban ni remotamente “las miserias de nuestros países”.

En todo caso, los talleristas, una vez demandados penalmente, imputaron a Endara Crow, entre otras cosas, de ser objeto de explotación laboral y, claro está, alegaron que nunca hubo falsificación de firmas, peor aún plagio. Visto a la distancia el hecho, lo que produjo, insistimos, fue el menoscabo del nombre del artista que llevó en alto el nombre de Ecuador a lo largo y ancho del mundo.

Todos los juicios penales quedaron inconclusos, a medio camino, a tal punto que muchos de sus talleristas, que aprendieron con el maestro a pintar, siguen vendiendo en altas sumas de dinero pésimas réplicas de sus obras. En Derecho, se evidenció una vez más que las razones del arte y aquellas que se derivan de la ética y de la moral individual y pública no siempre compaginan.

Este es el caso histórico de Gonzalo Endara Crow a quien Ecuador le está en deuda, pues nada se ha hecho para reivindicar su nombre.

• **Análisis procesal de los juicios entre Endara Crow y sus talleristas**

Creemos necesario mencionar ciertos datos de, al menos, cuatro juicios penales que planteó el artista Gonzalo Endara Crow, en contra de algunos de sus talleristas, por falsificación de firmas y plagio de obras de arte que, aunque son básicos e inherentes a todos los litigios en general, creemos necesario hacerlo para que este punto guarde un orden lógico, una coherencia adecuada y una minuciosidad que coadyuven para mantener la dinámica de la investigación misma. Estos datos son los siguientes:

Fecha de sorteo:	Juzgado Penal:	Nº de juicio:	Sindicado:
19/178	Primero	17/88	Fausto Salazar
28/11/89	Noveno	475/89	Víctor Mejía
8/12/89	Segundo	491/89	Guillermo Sosa
8/12/89	Octavo	491/89	Sidney Quinchiguano

Para el análisis de la forma en que se sustanciaron los juicios penales, vamos a señalar, globalmente, los aspectos más importantes de estos. Los litigios en referencia se iniciaron por acusación particular. Hay que puntualizar que nunca se plantearon demandas de orden civil que, de acuerdo con el artículo 121 de la Ley de Derechos de Autor de 1976, vigente en ese entonces, se podía también demandar por esta vía, sin perjuicio de la acción penal.

De la lectura de estas acusaciones, se desprende que todas ellas son de igual tenor y, de lo poco que se entiende, se infiere que los cuatro talleristas querrellados trabajaban para el pintor preparando

materiales y que, en esas circunstancias, se sustrajeron materiales de trabajo, con los que abrieron sus propios talleres, y plagieron su estilo y sus obras de arte. En las acusaciones, así mismo, se señala que de esa manera los talleristas obtenían enormes sumas de dinero y que el mismo querellante adquirió, por intermedio de una tercera persona, cuadros plagiados por cada uno de ellos, por sumas que oscilaban desde los S/. 60.000 hasta los S/. 100.000 sucres, de los cuales constan fotografías que obran como ‘prueba’ dentro de los juicios.

Con esos antecedentes y adjuntando también una certificación de la Dirección Nacional de Derechos de Autor en la que consta ‘registrada’ la obra pictórica de Endara Crow, el pintor querella penalmente a cuatro de sus ex talleristas.

Si bien, el hecho de que el pintor haya registrado su obra constituía una mera formalidad, pues según el artículo 2 de la Ley de Derechos de Autor, no era necesario para obtener la protección reconocida por esa ley ningún tipo de registro, esto podía acarrear contraposición con el artículo 111 de esta Ley que señala que en el Registro Nacional de Derechos de Autor se inscribirán “las obras que presenten sus autores para ser protegidas”. De hecho, del texto de las acusaciones particulares que planteó el pintor Gonzalo Endara en contra de varios de sus talleristas, se desprende que el abogado patrocinador asumió como requisito para obtener la protección de esta Ley la inscripción de la obra de Endara en el Registro aludido.

Cabe advertir que las acusaciones particulares están pésimamente redactadas –mal endémico que persiste en la actualidad en muchos de los escritos de abogados–, el apartado relativo a los antecedentes no tiene coherencia alguna y, únicamente, se invoca el Art. 132 de la Ley de Derechos de Autor que ordenaba que, en los casos en que se demande por plagio, el juez de lo penal en su primera providencia, de oficio, debe designar una comisión integrada por un delegado del Ministerio de Educación, de la Casa de la Cultura y de la sociedad autoral, si existiere o, a falta de ésta, de un autor del género artístico correspondiente, con el fin de que éstos emitan un dictamen sobre el hecho delictuoso (en aquel entonces no existía –ahora tampoco– una sociedad de autores que represente a los pintores). De acuerdo al dictamen, el juez procedería a dictar el sumario de ley.

La providencia que dictan posteriormente tres de los cuatro jueces, en los procesos en mención, está dirigida a que se dé cumplimiento, precisamente, con el artículo 132 de la Ley de Derechos de Autor y, para esto, ordenan que se oficie tanto al Ministro de Educación como al Presidente de la Casa de la Cultura. En los tres casos, la comisión nunca pudo conformarse, porque no se obtuvo ninguna respuesta de tales instituciones y lo único que consta posteriormente dentro de los juicios es una serie de escritos presentados

por el querellante, prácticamente, por el lapso de cuatro años, hasta mediados de 1993, en los que se solicita a los jueces, una y otra vez, que oficien nuevamente a los personeros del Ministerio de Educación y de la Casa de la Cultura, para que se integre tal comisión, pero que –no sabemos las causas– estos escritos nunca fueron atendidos. En todo caso, hasta ahí llegan los procesos y sin ninguna declaratoria de abandono ni ninguna otra providencia de los jueces, se los remite al archivo general de la Función Judicial, presumiblemente a fines de 1993.

El juicio seguido en contra de Guillermo Sosa, en cambio, merece especial atención. El Juez Segundo de lo Penal de ese entonces, violando lo dispuesto por el Art. 132 de la Ley de Derechos de Autor, dicta autocabeza de proceso, sindicando al acusado y ordena, entre otras cosas, sin precisar fecha, que se reciban los testimonios instructivos de los agraviados, indagatorios de los sindicatos y propios de las personas que conozcan de los hechos, así como también que se practiquen las diligencias que sean necesarias para completar el sumario.

Ninguna de las partes pide la nulidad del autocabeza de proceso, por haberse infringido el Art. 132 de la Ley de Derechos de Autor y, en lugar de ello, el querellante presenta escrito en el cual consigna en esa judicatura, como prueba a su favor, el cuadro comprado al acusado y que según él forma parte de las obras que plagian su ‘estilo’ y el recibo firmado por Sosa por la venta de dicho cuadro. Además, solicita que se fije día y hora para que comparezca a rendir su testimonio instructivo y el acusado su testimonio indagatorio.

El acusado, por su parte, presenta un escrito en el que simple y llanamente niega haber cometido tal plagio y más bien menciona que mantuvo una relación de dependencia laboral por más de dos años con el acusador y que, junto con decenas de otros talleristas, eran los que realmente pintaban las obras pictóricas de Endara Crow. Finaliza su escrito manifestando que conforme avance el juicio demostrará que no ha cometido ningún delito.

En los siguientes escritos presentados por las partes, que se suceden de diciembre de 1989 a mayo de 1990, el querellante solicita que se cumpla con lo que establece el Art. 132 de la Ley de Derechos de Autor y el acusado, en cambio, pide que se señale día y hora para rendir su testimonio. El 18 de junio de 1990, el juez, en un caso que nos parece inaudito, pone de relieve su total ignorancia respecto de cómo sustanciar este juicio y dicta una providencia en la que dispone, por un lado, que se oiga al Fiscal, para que emita su criterio, precisamente, de la forma en que se debe proseguir en el juicio, y por otro, señala día y hora para que se presenten las partes a rendir sus testimonios.

Ninguna de las partes concurren a rendir su testimonio y, más bien, la parte acusadora, esta vez, pide que se declare la nulidad del proceso por incumplimiento del artículo 132 de la Ley de Derechos de Autor, pero acto seguido, con el cambio de abogado patrocinador, en once escritos presentados entre agosto de 1990 hasta septiembre de 1991, solicita que se continúe con el trámite ya establecido y que en ese sentido se practique una serie de pruebas, entre las que se destacan: que se cumpla con el tan mentado artículo 132 de la ley en referencia y que se señale día y hora para que el acusado exhiba en esa judicatura documentos que avalen su trayectoria y sus estudios en pintura artística. Finalmente, haciendo caso del dictamen que emitiera el Fiscal Segundo de lo Penal de Pichincha y en el que resuelve se declare la nulidad del proceso a partir de fojas 5 de los autos, el juez procede a declarar la nulidad. En el último escrito que consta dentro del juicio de fecha 5 de marzo de 1992, el querellante exige que, por haberse cumplido con todos los requisitos del artículo 177 del Código de Procedimiento Penal, el juez dicte auto de prisión preventiva en contra de Guillermo Sosa. Sin ninguna otra providencia dictada por el juez, este proceso fue devuelto al archivo general a fines de 1992.

Por lo analizado, el artículo 132 de la Ley de Derecho de Autor de 1976 se constituyó en una piedra en el zapato infranqueable para jueces y abogados, principalmente, por la falta de conocimiento del alcance de esta norma y por la irresponsabilidad de los principales personeros del Ministerio de Educación y de la Casa de la Cultura, quienes hicieron caso omiso de los oficios enviados por el juez y nunca delegaron a nadie para que emitiera el dictamen respectivo.

Así mismo, el abogado de Endara dejó una serie de dudas de orden jurídico, al pretender justificar la existencia del delito de plagio, sosteniendo que se ha copiado el ‘estilo’ del arte pictórico de su defendido. A continuación, transcribimos algunos conceptos que giran, precisamente, alrededor de estas interrogantes:

1. Guillermo Cabanellas, en su obra *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, define al estilo como el “Modo, manera o forma; en especial, al hablar o al escribir. Carácter. Costumbre, uso, práctica. Fórmula de proceder en Derecho; orden y método para actuar...”.
2. El mismo autor explica que el plagio en materia de propiedad literaria, científica o artística, es “la copia o imitación que no confiesa el modelo o el autor seguido”. Agrega que existen diversas formas de plagio: “La odiosa y perseguible, en lo civil y hasta en lo penal, es la de mala fe, la que se oculta, pero obtiene provecho del parecido y hasta intenta suplantar al original. El extremo opuesto es el de copiar, en especial obras de arte, para aprender o para vender la reproducción, con leal confesión de serlo; y que en un tiempo,

cuando no existían los sistemas de fotografía en colores, contribuía a la propagación del arte. Existe otro plagio que cabe denominar inevitable, el impuesto por la tendencia de una escuela o simplemente por el contagio insuperable de la moda; y que no es objeto de censura ni de persecución siempre que se mantenga alguna personalidad de detalle que impida las confusiones en la explotación del prestigio o de una utilidad con el precursor o con los exponentes más caracterizados. No existe, en consecuencia, plagio ni en la imitación confesada ni en toda aquella en que no hay propósito de presentar como propias las obras ajenas. Por la mención del autor, tampoco puede apreciarse cuando se cita; aun cuando la transcripción sea textual y se esfume en algo para evitar que otros exploten con facilidad la labor de investigación, dotada también de incuestionable sello personal... El autor plagiado tiene primeramente derecho a que se restablezca la verdad y se reconozca que es él el autor de lo que otro ha publicado como suyo. Además, todo beneficio que el plagiario haya obtenido debe reintegrarlo al que imitó de mala fe, sin perjuicio de las penas que tal defraudación le signifiquen”.

3. De su lado, el artículo 118 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1976, al abordar al plagio, decía que es “la reproducción total o de parte fundamental de una producción intelectual ajena, como si fuera propia”.

4. El Dr. Marco Navas sostiene que “el estilo sería el conjunto de condiciones que llevan a un modelo determinado de la obra, en este sentido si se arguye que se ha copiado el estilo, es controvertible que haya plagio”.

5. Por último, para el autor Felipe Rubio el hecho de que un autor copie el estilo de otro, los conceptos, los hechos aislados, el tema, el método, la manera artística, no tiene ninguna implicación legal, lo que acarrea ilegalidad es el apropiarse del conjunto de elementos que establezcan la individualidad de la obra, esto es, la materialización particular que realiza un autor en su obra.

De lo expuesto, a nuestro entender, no solo se debió argumentar que existe el delito de plagio porque se ha copiado el estilo de Endara Crow, porque el estilo puede constituir únicamente uno de los elementos conducentes a determinar si hubo o no plagio, en otras palabras, es un elemento que conjuntamente con otros puede ir develando la existencia del cometimiento del delito de plagio. Por consiguiente, el abogado acusador debió presentar como prueba de su parte, además de los cuadros que Endara compró a sus talleristas y que supuestamente eran los que plagiaban su arte, también los cuadros –si los hubo– que, siguiendo lo preceptuado por el artículo 118 de la ley de 1976, constituían los que estaban copiados totalmente o en su parte fundamental. De esta manera, la comisión conformada por un representante del Ministerio de Educación, de la Casa de la Cultura y de una persona versada sobre arte

pictórico, confrontando los cuadros, tendría más elementos para dictaminar en su informe si se incurrió o no en el delito de plagio (artículo 132 ley de 1976).

Sin embargo, en las circunstancias en las que se desarrollaron los hechos históricos y procesales, era muy difícil llegar a probar la existencia del delito de plagio, sobre todo por el desconocimiento de la ley de derechos de autor en vigencia, en aquella época, por parte de abogados defensores y acusadores y de jueces que a su turno sustanciaron los juicios y, además, por la poca importancia y la negligencia e irresponsabilidad dada en el trámite y en el contexto mismo de los procesos.

Fuente: juicios seguidos por el pintor Gonzalo Endara Crow en contra de varios de sus talleristas

Elaboración: el autor